

熊本大学学術リポジトリ

Kumamoto University Repository System

Title	韓国における資産の流動化及び非典型担保：金相容『物権法』
Author(s)	金，相容；田村，耕一[監修]
Citation	熊本法学，108：127-190
Issue date	2005-12-20
Type	Departmental Bulletin Paper
URL	http://hdl.handle.net/2298/12450
Right	

韓国における資産の流動化及び非典型担保

——金相容『物權法』——

金相容

田村耕一（監修）

はしがき

本稿は、金相容著「物權法」全訂版増補（法文社（二〇〇三年）の第四章「抵当權」第六節「資産の流動化（抵当權の流動化）」及び第五章「非典型担保」の翻訳である。

金相容氏は、現在、延世大學校法科大學の教授であり、これまでにカリフォルニア大學、マックスプランク研究所において比較私法を研究され、また韓国の司法試験、行政高等考試、地方高等考試の試験委員などを歴任されている。「民法總則」「全訂版増補」、「債權總論」「改訂版増補」、「債權各論」「改訂判」（何れも法文社（二〇〇四年）をはじめ不動産関係を中心に多くの著書があり、水本浩はか編「アジアの不動産法制」日本住

宅総合センター（一九九四年）にも共著がある。

本稿は、科学研究費「非典型担保の実態・解釈・立法（研究代表・広島大學 鳥谷部茂）」における二〇〇三年の韓国調査の際、韓国では非典型担保について「仮登記担保法」による広範な処理が行われていることを知ったことに始る。その調査の際、金相容氏より本書の寄贈を受け、翌二〇〇四年に長崎大學で行われた日韓土地法学会の折りに日本語訳を提示し、ご本人から翻訳公表のご快諾を得たものである。

翻訳については、韓南大學からの交換留学生である徐弘卿、李文孝、及び熊本大學法学部の沈龍哲の各氏にお世話になった。なお、翻訳においては、表記も含め可能な限り原文の逐語訳に努めた。また、本文中の（～）書きは、田村による補足説明で

ある。本文中の参考文献は、次のとおりである。

- 郭……郭潤直『物權法（再全訂版）』博英社（一九八六年）
 金谷……金谷漢『物權法論』博英社（一九八五年）
 金増……金増漢『物權法講義』博英社（一九八六年）
 李英……李英俊『物權法』博英社（一九九〇年）
 黄……黄迪仁『現代民法論Ⅱ（全訂版）』博英社（一九八七年）
 張……張庚鶴『物權法』法文社（一九八七年）
 なお、韓国における法律の日本語訳は、韓国Web六法
 <<http://www.geocities.co.jp/WallStreet/9133/>>に掲載
 されている。

田村 耕一

〔目次〕

- 第四章 抵当権
 第六節 資産の流動化（抵当権の流動化）
 Ⅰ 抵当権流動化と資産流動化の概念
 Ⅱ 資産流動化の構造、内容及び手続き
 Ⅲ 現行の資産流動化制度の問題点
 Ⅳ 実効性のある抵当権流動化の前提条件
 第五章 非典型担保
 第一節 総説
 Ⅰ 非典型担保の意義

- Ⅱ 非典型担保の種類
 Ⅲ 非典型担保の生成理由
 Ⅳ 非典型担保の類型
 V 非典型担保に対する規制の変遷
 第二節 仮登記担保
 第一款 序説
 Ⅰ 仮登記担保権の意義と仮登記担保法の制定
 Ⅱ 仮登記担保権の性質
 第二款 仮登記担保権の設定及び移転
 Ⅰ 仮登記担保権の設定
 Ⅱ 仮登記担保の移転
 第三款 仮登記担保権の効力
 Ⅰ 序説
 Ⅱ 一般の効力
 Ⅲ 仮登記担保権の実行
 Ⅳ 後順位権利者の競売請求と仮登記担保権者の配当参加
 第四款 仮登記担保権の消滅
 Ⅰ 所有権移転による消滅
 Ⅱ 競売による消滅
 Ⅲ その他原因による消滅
 第三節 譲渡担保

第一款 序説

I 譲渡担保の意義、作用及び法律の構成

第二款 譲渡担保権の設定

I 譲渡担保設定契約

II 譲渡担保権の公示方法

第三款 譲渡担保権の対内的効力

I 譲渡担保権の効力が及ぶ範囲

II 目的物の利用関係

III 利用者の目的物保管義務

第四款 譲渡担保権の対外的効力

I 弁済期到来前の処分の効力

II 一般債権者との関係

III 第三者による侵害

第五款 優先弁済を受ける効果

I 総説

II 譲渡担保権の実行

第六款 渡担保権の消滅

I 被担保債権の消滅

II 目的物の滅失、毀損

第四節 売渡担保

I 売渡担保の意義及び作用

II 売渡担保の法律の構成

III 売渡担保の効力

第五節 所有権留保

I 序説

II 所有権留保の効力

III 所有権留保の実行

第四章 抵当権

第六節 資産の流動化（抵当権の流動化）

I 抵当権流動化と資産流動化の概念

抵当権の流動化 (Umlauf der Hypothek) は、資金を必要とする消費者から抵当権を設定してもらい資金を貸出した金融機関が、貸出後その金融機関が保有している抵当権とその被担保債権をそのまま第三者に譲渡もしくは多数の抵当権とその被担保債権を集合 (Pool) してその抵当権の集合の持分を表す証券を発行して一般投資者に売却、又は抵当権とその被担保債権を担保として金融機関が自己を債務者とする新しい金銭債権証券を発行して一般投資者に売却することを総称する概念である。したがって、抵当権の流動化には抵当権とその被担保債権をそのまま譲渡する抵当権の流通 (Verkehr der Hypothek) も含まれる。しかし、各国の抵当権流動化の実際の過程は、主に金融機関が保有している多数の抵当権とその被担保債権を集

合し、その抵当権と被担保債権の集合の持分を表す多数の証券を発行して、証券市場を通じて一般投資者達に売却、又は多数の抵当権と被担保債権を担保として金融機関が金銭債権証券を発行して、やはり証券市場を通じて一般投資者達に売却する方式で成り立っている。

ドイツでは、抵当銀行 (Hypothekbank) が金銭貸出を受けた債務者から被担保債権とは独立して附従性が排除された土地債務 (Grundschuld) を取得して、これを担保として再び抵当銀行自身を債務者とする金銭債権証券である抵当債券 (Pfandbrief/Hypothekenzinspfandbrief) を発行し、これを証券市場を通じて一般投資者に売却している。

そして、抵当権の流動化が活発に起きているアメリカの二次抵当市場 (secondary mortgage market) では、抵当権の附従性が承認されるので、抵当権付債権を譲り受けた機関が多数の抵当権付債権を集合した後、その集合の持分を表す抵当権付き証券 (mortgage-backed security:MBS) を発行し、これを証券市場で一般投資者に売却、又は譲り受けた抵当権付債権を担保としてその譲受機関を債務者とする金銭債権である抵当権担保付債権 (mortgage-backed bond:MBB) を発行し、これを証券市場で一般投資者に売却する二つの方式を活用している。

この様に抵当権の流動化は、抵当権の独立性が認定される場合には抵当権それ自体を、抵当権が被担保債権から独立してい

ない場合には抵当権とその被担保債権を結合して、これらの集合の持分を表す証券を発行して一般投資者に売却、又はこれらを担保として新しい金銭債権証券を発行して一般投資者に売却する方式で成り立つ。前者の場合、投資者は抵当権又は抵当権付債権の持分を取得し、後者の場合、投資者は抵当権又は抵当権付債権の担保が付いた金銭債権を取得する。

これに反して、資産の流動化は、抵当権付債権以外にも、金融機関が保有している抵当権の担保が付いていないクレジットカード債権、リース債権、売却債権、自動車貸出債権などともちろん、金融機関が所有している不動産、その他資産を全部集合してこれに対する持分を表す証券を発行、又はこれらを担保として新しい金銭債権証券を発行して、専門的な投資者あるいは一般投資者に売却する方式をいう。この様な資産の流動化は、前者の資産の集合の持分を表す証券又は後者の資産集合を担保とする債権の発行及び売却によって成り立つ。特に、この様な資産集合の担保を受ける債権を資産担保付証券 (asset-backed security:ABS) といい、資産流動化は資産集合の持分証券の売却によっても成り立つが、主に資産担保付証券の発行と売却によって成り立つ。

資産流動化に関する法律では、資産流動化につき、流動化専門会社が資産保有者から流動化資産の譲渡を受けてこれを基礎として流動化証券を発行し、当該流動化資産の管理、運用、処分による収益により、流動化証券の元金金又は配当金を支給す

る一連の行為、と定義し（同法二、^{（条一）}、流動化証券では、出資証券、社債、受益証券を発行できるようにし（同法二八条、三、^{（一条及び三）}）、流動化資産の持分証券の発行はもちろん、流動化資産を担保とした資産担保付証券の発行、流通による資産流動化方法を総て予定している。

したがって、同法の資産流動化は真の抵当権の流動化よりかなり広い範囲に及んでおり、抵当権は資産の一部分に過ぎないから、抵当権の流動化は資産流動化の内容に過ぎない。

Ⅱ 資産流動化の構造、内容及び手続

〔Ⅰ〕 構造

資産流動化に関する法律で規定している資産流動化の基本構造は、巨額の不良債権を譲り受けた韓国資産管理公社、その他金融機関が保有している抵当権付債権と他の分割払金融債権、自動車貸出債権、リース債権などを、新しく設立される特定目的会社（special purpose company: SPC）である流動化専門会社（^{（同法二七条）}）に売却又は信託によって譲渡し、その様な不良債権を譲り受けたその流動化専門会社は、取得した不良債権を担保として再び社債、出資証券、受益証券などの有価証券を発行してこれを売却する方法で資産の流動化を実行しようとしている（^{（同法二七条）}）。したがって、資産流動化法律内による資産の流動化は、主に金融機関が保有している不良の抵当権付債権を低価で処分するための方法に過ぎず、消費者と投資者を連結して、資金融通の

円滑を可能にする恒久的な真の抵当権の流動化ではない。

〔Ⅱ〕 内容

一 資産流動化の参与機関

一般的な資産流動化過程の参与機関は、基本的に、まず抵当権の設定を受け資金を貸出した後、取得した抵当権とその被担保債権を流動化機関に譲渡あるいは信託する最初の貸出機関（originator）があり、そして最初の貸出機関から抵当権とその被担保債権を譲受け又は受託し、それを担保として有価証券を発行して証券市場に流通させる流動化証券発行機関（issuer）がある。

この様な資産流動化の過程を助ける補助機関として、一般投資者である流動化証券の所持人に対して元利金の支給、他の業務を処理する事務処理機関（servicer）がある。この事務処理機関は、最初の貸出機関がなることもできるし、この様な業務を処理する別の専門機関を設立することもできる。そして流動化証券は、流動化証券発行機関が直接売却することもできるが、仲介機関を通じてすることもできる。また、流動化証券の担保になっている抵当権付債権の債務不履行により流動化証券の所持人が完全な弁済をしもらえない場合に、これを保全する保険会社、国家機関などの信用保全機関があり、抵当権とその被担保債権の信用を評価する信用評価機関（credit rating agency）があり得る。

もつとも、資産流動化に関する法律で規定している資産流動化参与機関は、最初の貸出機関を資産保有者とし、この様な資産保有者として金融機関、韓国資産管理公社、国民住宅基金、韓国土地公社、大韓住宅公社などを予定している。

そして、流動化証券発行機関を流動化専門会社と命名している。この様な流動化専門会社の形態は有限会社とし（同法一七、一八条）、商法が規定している有限会社に対して多くの特則を認定し（同法一七条、社員五〇人以下でも設立できるようにし（同法一八条）、その業務は資産流動化とその付随業務に限定し（同法二〇条）、一回の資産流動化計画の実行が完了したらその存続期間が満了して解散すると規定されている（同法二四））。そして、特別なのは、流動化専門会社は実際に存在しない書類上の会社（Paper company）でも存続できるように規定されている。つまり、流動化専門会社はその業務を資産保有者又は第三者に委任できるように規定されているからである（同法二三）。したがって、流動化専門会社は、一回の資産流動化を目的とした一時的な会社であると同時に名目上の会社でも存続できる特異な形態の会社である。また、流動化専門会社が取得した資産を自らが管理せずに、資産管理委任契約により資産保有者あるいは第三者に流動化資産を管理させることができる。この様な流動化資産管理者を資産管理者という。この様な資産管理者には、資産保有者になることもできるし、第三者になることもできる（同法一〇条）。

その他の資産流動化を目的とした補助機関に関しては、別途

に規定はしていない。したがって、アメリカのタイトル保険会社（title insurance company）と抵当保険会社（mortgage insurance company）などに関しては、信用保全機関として特別規定を設けてこそ、資産の流動化を円滑に成り立たせることができる。しかし、これらに関しては何の規定もないので、流動化専門会社と一般保険会社の間に特別な保険契約を締結しない限り、投資者たちが自らの危険負担で流動化証券を購入することを予定している。

二 流動化資産

同法律では、資産保有者が流動化専門会社に譲渡又は信託して、流動化証券発行のための担保として活用できる資産を流動化資産と規定しており、その様な流動化資産には資産保有者の債権、所有不動産、その他の財産権を含むと規定している（同法二三）。ここでの債権は主に抵当権付債権をいい、他の財産権は抵当権の担保がない債権であり、自動車貸出債権、売掛債権、リース債権、クレジットカード債権などを想定しているものと思われる。

三 流動化証券

流動化証券とは、流動化専門会社が資産の流動化計画に沿って発行する証券又は証書をいう（同法一四）。同法律内で予定している具体的な流動化証券は、流動化専門会社が発行する流動化専門会社の出資証券、社債及び受益証券を規定している。もつとも、一般的な流動化の方法で活用されている集合資産の持分

証券又は資産担保付証券は、受益証券として発行することを予定していると思われる。

流動化証券の発行限度は、流動化専門会社が譲受けた流動化資産の購入総額又は評価総額を超えないように規定している

(同法
(三三条))。

〔Ⅲ〕 流動化手続

資産の流動化は、まず、流動化専門会社が資産保有者から流動化資産を譲受けあるいは受託する契約を締結し、流動化専門会社が取得した流動化資産に対して流動化計画を作成する。しかしながら、ここで流動化資産に対して資産保有者と流動化専門会社が流動化資産の譲受け又は信託契約を締結することと規定されているものの、実際には、資産保有者が流動化の必要性があり流動化の意思がある場合に、実質的には資産保有者が自ら流動化計画を樹立するのであり、ただ形式的には資産保有者が流動化専門会社を設立してその流動化専門会社と流動化資産の譲渡又は信託契約を締結する手続を採るのである。

その後に、流動化専門会社は流動化計画を金融監督委員会に登録する(同法)。そして、流動化計画により、流動化専門会社は移転してもらった資産に関する譲渡を再び金融機関委員会に登録しなければならない(同法)。もともと、資産譲渡の登録は、資産保有者から流動化専門会社への債権譲渡の第三者に対する對抗要件に代替し、抵当権譲渡の附記登記に代替し、抵当

権が流動化専門会社に譲渡されたものとして規定している(同法八)。しかし、債務者に対し對抗するためには、債務者に債権譲渡を通知又は債務者が債権譲渡の承諾をしなければならぬと規定している(同法七条)。但し、一定の場合には債権譲渡の事実を日刊新聞に公告する方法により、債務者に対する債権譲渡の通知を代替できるようにしている(同法七条)。

この様に、同法は債権譲渡の通知及び不動産物権変動の要件である登記を金融監督委員会への資産譲渡の登録で代替できる様にして、正常な債権譲渡の對抗要件及び不動産物権変動の成立要件に重大な例外を認定している。

そして、流動化専門会社が出資証券、社債、受益証券を発行し、これを証券市場を通して直接、あるいは仲介機関を通して、一般投資者に売却する。

Ⅲ 現行の資産流動化制度の問題点

基本的に、資産流動化に関する法律で規定している資産の流動化は、真の常時の抵当権の流動化を目的にしているのではなく、巨大な不良債権を持つている金融機関の不良債権の割引売却を流動化の名で処分しようとする変形された方法の資産流動化を目的としている。このことは、流動化専門会社が一回の資産流動化のためにだけ存続できるように規定していることによく表れている。

そして同法は、正常な債権譲渡と抵当権の譲渡を予定してい

ない。つまり、資産譲渡を金融監督委員会に登録さえすれば、債権譲渡の第三者に対する對抗要件も抵当権譲渡の要件も揃ったことにして、正常な債権譲渡の對抗要件と抵当権譲渡の附記登記の方法を回避している。

また同法では、民法、商法、信託法などの資産流動化と関連する法律に対する特則を多数認定しており、正常な原則に満たない法であるとはいえない。そして同法では、流動化の方法をあまりにも包括的に規定し、流動化を簡易に可能にするともいえるが、流動化証券の所持人、つまり投資者を保護するタイトル保険及び抵当保険の裏付けがないので、投資金の回収に対する完璧な法的装置がない状態である。資産の流動化は、流動化の必要性だけでできるのではなく、投資者を保護できる完璧な法的装置が用意されてこそ可能である。しかし、同法の内容は投資者保護に不十分であるといわざるを得ない。わが国でも、資産又は抵当権の流動化は必要である。しかし、流動化のための法的前提条件を揃えることができてはいない。

IV 実効性のある抵当権流動化の前提条件

[I] 前提条件

一 抵当権制度に関する前提条件

抵当権の流動化が可能になるためには、備えるべき前提条件が少なくない。まず、抵当制度それ自体の前提条件などをみると、抵当権の被担保債権に対する附従性が排除され、抵当権それ自

体が独立性を持つべきである。要するに、債務者が債務返済の責任を負うのではなく、抵当目的物それ自体が債務返済の責任を負うとき、抵当権の流通は円滑に行えるのである。したがって、抵当権を購入する投資者は、債務者の資力と誠実性を信頼して投資するのではなく、抵当目的物それ自体の担保力を信頼して投資できてこそ、抵当権の流動化は盛んに行えるのである。

もちろん、抵当権の被担保債権の附従性を認定しても抵当権の流動化は可能である。しかし、我々の登記制度は、抵当権それ自体を登記する権利の登記 (Registration of title) をするのだから、アメリカと同じ抵当権に関する書面を備えておく権利に関する証書の登録の方法の公示制度 (recitation of title instrument) を採らないことで、抵当権の附従性を排除する方法による抵当権の流動化の追及が、より合理的だと思われる。

そして、抵当権に関する順位確定の原則が確立されなければならない。現在と同じ様に先順位の抵当権が実行されようが、後順位の抵当権が実行されようが、抵当権は全部消滅してしまう抵当制度を運用する限り、抵当権の流通は困難である。一つの目的物に関して一つの抵当権が設定されている場合などにか、抵当権の流通は考えられない。

また、抵当権が混同によって消滅しないようにすべきである。要するに、所有者抵当の存続が認定されてこそ、抵当権の流動化は可能になる。抵当権が流通中にその設定者に帰属して混同

する場合に消滅するとしたら、抵当権の流通は不可能になる。

そして、抵当証券の発行も必要である。抵当権を流通させるためには、不動産物権変動に成立要件主義を採る場合は抵当権譲渡のために譲渡の附記登記をしなければならず、抵当権付債権を担保にするためにはその抵当権付債権に対する権利質権の設定の合意が必要であり、権利質権の登記をしなければならぬ。この様に、抵当権の流通又は流動化のためにいちいち登記をするとしたら、時間と費用が多く消費される。したがって、この様なジレンマを克服するためには、抵当証券を発行して、抵当権譲渡の合意と抵当証券への裏書、交付によって、抵当権の譲渡が可能になる様な抵当制度を整備されなければならない。もちろん、アメリカと同じく抵当権の証券化が不可能な法制でも、抵当権の流通又は流動化が可能ではあるが、権利の登記を採るわが法制の下では、抵当権の証券化が正常な抵当権の流動化法であると思われる。

また、根抵当は抵当権の流動化が困難である。なぜなら、根抵当は登記上の極度額と実際の被担保債権額が一致せず、実際の被担保債権額が常に増減変動し、根抵当の譲渡は根抵当設定者、根抵当権者及びその譲受人の三面契約によってこそ可能であるから、抵当権の流動化の障害になる。したがって、ドイツ民法では、根抵当権は単に保全抵当権にのみ設定できるようにしているし (§ 1190, BGB)、日本の抵当証券法もやはり根抵当権を基礎とする抵当証券の発行を禁止している (同法二条一項二号)。

そして、抵当権の被担保債権が金銭債権である場合のみ抵当権の流動化が可能である。ドイツ民法は抵当権の被担保債権は金銭債権に限るように規定している (§ 1113, Abs. 1, BGB)。

二 不動産登記制度に関する前提条件

抵当権の流通又は流動化が可能になるためには、登記の公信力が認定されなければならない。公信力が認定されてこそ、投資者は安心して抵当権に投資ができる。万が一、投資者が取得した抵当権を失う可能性がある場合には、その投資者は抵当権を購入しないはずである。

登記の公信力の認定は、登記が権利の登記の場合に可能であり、権利移転の書類を備えおく登録が行われる場合には、公信力を認定することができない。レコーディングシステムがそうである。この様な場合、タイトル保険によって抵当権の流通又は流動化が可能である。したがって、アメリカでは、登録に公信力を認定することができないから、タイトル保険によって投資者を保護している。

実は、登記の公信力もタイトル保険も、その発生の根源は抵当権の流通にあった。登記の公信力も抵当権登記から公信力が認定されたし、タイトル保険は抵当権の流通が可能になるよう、その内容が構成されている。

我々は権利の登記制度を持っているから、登記の公信力の認定によって抵当権の流動化を成り立たせるのが正道である。しかし、登記の公信力の認定のためには、その前提要件をいろいろ

る揃えなければならない。ところが、その様な前提条件を我々は揃えることができていない。もつとも、登記の公信力を認定するまでは、タイトル保険によつて抵当権の流通又は流動化を図ることもできる。

三 金融政策上の前提条件

抵当権の流動化が可能になるためには、抵当権付債権の金利が一般市中銀行の受信金利より高くなければならない。そうであるからこそ、投資者達が預金するよりは抵当権付債権を購入するからである。アメリカでは、長期貸出債権である住宅資金貸付金利が一般貸付金利より少し高いのが一般的である。この様な利子率が高い貸出債権を、長期投資を主とする機関が購入することで、抵当権の流動化が起きるのである。

そして、抵当権の流動化のみを専業とする金融機関の設立が必要である。ドイツの抵当銀行が最も代表的な流動化専門機関である。その様な専門金融機関が存在してこそ、抵当権流動化の技術を蓄積して、円滑な流動化が成り立つのである。

〔Ⅱ〕 わが法制上の未備点（原文のまま）

我々の法制は、抵当権の流動化の前提条件をほとんど備えていない。我々の抵当権は、一次抵当市場で起きている単に不動産の資金化を目的とした手段に過ぎない保全抵当権に止まっている。したがつて、抵当権の流動化は、各方面の制度改善があつてこそ可能である。

まず、抵当権の被担保債権の附従性（（民三六））を排除すべきである。もちろん、抵当権の附従性を認定しながらも抵当権の流通又は流動化が不可能なのではない。しかし、抵当権の流動化が活発になるためには、抵当権の独立性が認定されなければならない。そして、抵当権の証券化も形成すべきである。そうしてこそ、抵当権譲渡の登記問題を解決することができるのである。

次に、根抵当制度の改善がなければならない。特定債権の担保のためにも根抵当が設定される慣行の改善があるべきであり、特定債権の担保のための根抵当は普通の抵当権であるから、判例もやはり特定債権の担保のための根抵当は普通の抵当権として把握する判決を下さなければならない。

それ以外にも、順位確定の原則、混同による抵当権の不消滅、抵当権の実行による先順位あるいは後順位抵当権の不消滅などの原則が、確立されなければならない。

そして、登記の公信力認定あるいはタイトル保険が実施されるべきであり、長期貸出債権である住宅抵当権付貸出債権の利子率の向上調整などの問題も、解決されなければならない。特にわが国は、住宅貸出金利が住宅政策の理由で一般市場金利より低い場合が少なくない。また、抵当権流動化の専門金融機関が設立されるべきである。

附…タイトル保険会社 (title insurance company) …タイトル保険会社が

業とするタイトル保険 (title insurance) は、抵当目的物の権利の瑕疵により抵当権を実行することができない場合、その被担保債権額を保険金で填補する不動産権利保険である。

抵当保険会社 (mortgage insurance company)：抵当保険会社が業とする抵当保険 (mortgage insurance) は、抵当目的物の価額が被担保債権額に達しない場合、その足りない部分を填補してくれる保険である。

第五章 非典型担保

第一節 総説

I 非典型担保の意義

(一) 民法は担保物権として留置権・質権・抵当権を規定しており、傳賣権（伝賣権：一定の金額を不動産の所有者に預けて一定期間その不も本質的には用益物権だが担保物権としての性格を持っている）とところで、実際に担保物権として重要なのは質権と抵当権である。留置権は特定の債権を担保するための法定担保物権だからである。

したがって、民法は、動産を担保の目的にするときには動産質権を、権利を担保の目的にするときには権利質権を、そして、不動産と不動産類似の権利を担保の目的にするときには抵当権を設定することを、予定している。その外、特別法によって抵当権を設定する方法も用意されている。

この様な民法や特別法による担保物権は、品物又は権利が持

つ交換価値の支配を内容とする制限物権の法理による。この様な制限物権の法理による担保物権制度は、債務者が債務を不履行すれば、競売手続によって優先弁済を受けることができる。

しかし、競売手続は時間と費用が多く必要となるため、担保目的物の交換価値を十分に実現することができないという欠陥を持っている。そして、金融実務でも、この様な制限物権の法理による担保物権制度の不便と欠陥を排除くことができる新しい類型の担保制度を開発して利用するようになった。

この様に制限物権の法理によって品物又は権利の交換価値を把握する担保物権を典型担保物権といい、本来は担保制度ではなかったが担保手段に利用されている制度、即ち制限物権の法理によらずに品物又は権利の所有権移転又は財産権移転の形式による担保制度を非典型担保又は変則担保という。

(二) 非典型担保ないし変則担保の概念定義については見解の違がある。一般的に、民法又は民法規定が準用される特別法が本来から担保物権で規定した担保物権以外の新しい担保方法が非典型担保又は変則担保だという（郭六二九）。いわば、実定法上担保物権に規定されているのか否かによって、実定法上規定された担保物権を典型担保物権、規定さなかったが担保手段に利用されているものは非典型担保物権で区分する。しかし、この様な見解は「仮登記担保等に関する法律」によって仮登記担保権が規定される時点では妥当であったが、今日では仮登記担保権が特別法によって担保物権に規定されたことから、妥当

ではない。上記の見解によれば仮登記担保権を典型担保で分類するようになる。

また、他の見解は債権担保のために所有権移転又は権利移転の形式による担保制度を非典型担保だという。いい換えれば、実定法に規定されているか否かによるのではなく、担保の方法として制限物権の法理によらずに所有権移転ないし権利の移転方法による担保制度を非典型担保ないし変則担保だという(郭^{六〇})。思うに、後者の見解が非典型担保の概念定義に妥当である。したがって、非典型担保は債権担保の方法として、制限物権の法理によらず、所有権移転ないし権利の移転形式による担保制度だと定義することができる。

II 非典型担保の種類

(一) 非典型担保には、(i) 担保設定と同時に目的物の所有権を移転する譲渡担保、(ii) 債務を履行しない時には所有権を移転することを約定して予め所有権移転の仮登記をしておく仮登記担保、(iii) 売買代金を返済するまで所有権を売主(債権者)に留保する所有権留保附売買、(iv) 売主(債務者)が売買の形式で品物を買って売買代金の形式で債務を負担して買主(債権者)から再度その品物を買う方法で返済する還売又は再売買の予約による完済担保、(v) 債権者を受託者にして担保設定者が信託者になって担保目的物の所有権を受託者に移転して受託者に信託する方法の信託担保などがある。

(二) 上の非典型担保は品物を目的にするのに対して、権利を目的にする場合もある。即ち、(i) 金融機関が融資をしながら債務者が債務を履行しなければ、債務者のその金融機関に対する預金債権と相計(原文のまま)する予約をしておく相計予約又は担保的相計、(ii) 債権者が債務者の第三者に対する債権を担保として提供を受けて、債務者の委託によって第三者から直接支払ってもらって自己の債権の弁済にあてる代理受領、(iii) 債権者が債務者の取引相手に対して持つ代金債権を担保で提供を受ける際、特定銀行に開設された債務者の預金口座に納めて支給するように約定する方法の納入指定(原文のまま)などがある。

代理受領は、銀行が工事請負代金を貸出す場合において、債務者(建設業者)から請負人の請負代金債権を担保として提供を受けるときに主に利用され、納入指定は銀行から融資受けた者(債務者)が、特定人と継続的取引関係にある場合において、その特定人が債務者に支給する代金は債権者である銀行に開設された債務者の預金口座に入金させるようにする形式の担保方法である。

III 非典型担保の生成理由

非典型担保は元々担保制度として予定しなかったものであるから、担保制度としての制度的保護装置を欠いている。したがって、非典型担保制度は、その利用において相当な危険がある。それにも拘らず、当事者がこの様な非典型担保制度を利用する

のは、次のような社会・経済的なし法制上の理由からである。

一 担保目的物の多様性

社会・経済的条件の変化に従い担保目的物が多様化し、既存の典型担保の設定に相応しくないことから、自ら非典型担保の方法を利用しなければならなくなった。そして、動産や不動産以外にも各種の権利や契約上の地位（例えばアパート入居権、ゴルフ会員権、コンドミニウム会員権など）に対しても、その担保価値が認められることで、新しい担保方法を創案するようになった。

二 典型担保の硬直性

企業用動産、商品などを担保に提供しようとする場合、民法上の担保手段は動産質権の設定だけである。ところで、占有質である質権を設定すれば、債務者は企業用動産を生産活動に利用することができず、生産した商品を買入れたときには、それを売却・処分しにくく、また動産には抵当権を設定することもできない。したがって、企業用動産や商品を担保として提供して資金を融通する道は、民法ではふさがっている状態である。この様に、質権・抵当権など民法が認める典型担保はかなり硬直しているため、財産を持つていても融資の機会を享受することができなくなる場合が少なくない。また、今日の實務では、個別・特定の目的物以外にも、集合物や権利群及び形成過程にある品物を担保化する必要性が増大している。この様な典型担保の硬直性と適用の限界性を乗り越えるために、非典型担保制

度が利用されている。

三 設定の簡便性と実行の容易性

典型担保は、その設定において引渡・登記の様な形式を要し、その実行において時間と費用を多く要する。この様な典型担保の手續上の煩わしさを回避するために、変則的・非典型的担保方法を開発して利用するようになる。即ち、非典型担保によれば、典型担保が持っている手續の複雑さを乗り越えて、設定の簡便性と実行の容易性・確実性を期することができるようになる。

四 超過利得の取得

典型担保である質権や抵当権においては、担保目的物の価額が債権額を超過する場合でも、原則的に清算をしなければならないので、債権者がその超過分を取得することができない。しかし、債権者としてはそういう超過分までも取得するようになつたら、元利金以外に大きな利得を得ることが出来る。まさにそういう超過分の取得ができるようにする方法として変則的な担保制度が利用されるのである。

変則担保の生成と利用の様々な理由の中で、脱法的方法で変則担保を利用することに對して、学説と判例及び立法は、典型担保に接近させてこれを規律してきた。したがって、変則担保を利用することができた実益は非常に少なくなった。しかし、實務では絶えず新しい担保方法を創案して利用しており、債権の迅速で安全・確実な回収をはかる債権者の要請を完

全に満たす制度が立法で確立されない限り、変則担保は決して消えないだろう（第三六）。変則担保においては、債権者、債務者又は担保設定者、第三者（特に他の債権者）の間で目的財産の価値を如何に配分して合理的な利益調節を実現するのが、重要な課題である。

IV 非典型担保の種類

非典型担保は既にみたように多くの種類がある。これら非典型担保の共通した特徴は、債権担保手段で債務者（又は第三者）所有の目的物の所有権を債権者に帰属させる形式を、少なくとも外部的・対外的には採っているという点（法律的・実質的に所有権が債権者に移転するかは別個の問題だ）である。この点で、制限物権の法理による典型担保と本質的に違う。

この様な特徴を持つ非典型担保は、資金の獲得方法と形式上（即ち、登記簿上）の目的物の所有権移転時期の二つの点を基準にして類型化すると、次の様である。

一 資金を売買代金として得るもの

必要な資金を消費貸借によらずに売買の形式を利用して売買代金として受取り、後に代金を返還することで目的物を再度引取する方法の非典型担保がある。その法律的手段として、還売（民五九〇条）と再売の予約が、この種類に属する。両者の間には僅かな差があるが、法律構成上の差があるのではない。したがって、総て同じく債権担保の作用があるので、両者を合わせて売

渡担保という。これは、まさに売買の形式を通じて必要な資金を売買代金として得るので売渡担保だと称する。この様な売渡担保を、従来は広い意味の譲渡担保で理解していた。

二 資金を消費貸借の借入金として得るもの

必要な資金を金銭消費貸借によつて借入金として得るものがあり、非典型担保の中ではこの類型を採るのが一般的である。この様な種類の非典型担保は、担保目的物の所有権がみかけ上（即ち、登記簿上）、どの時点で債権者に帰属する形式を採るのかにより、さらに二つに分けられる（即ち、みかけ上・表示上においてのみ所有権がどの時点で債権者に移転するかが問題であり、実質的には所有権移転時期は等しい）。

(一) 契約締結と同時に目的物の所有権を債権者に移転する形式を採るもの

必要な資金を金銭消費貸借によつて得て、その債権を担保するために、目的物の所有権を債権者に移転する形式を採るものとして、本来の意味における譲渡担保又は狭い意味の譲渡担保がある。ここで一つ注意しなければならないことは、形式的に担保目的物の所有権が債権者に移転するように登記簿に表示するが、実質的に所有権は債務者にそのまま残っている。そして、広い意味の譲渡担保との差異は、債務である資金を売買代金として受取るのではなく、借入金として得る点にある。したがって、広い意味の譲渡担保は売買の形式のように資金を融通して、狭い意味の譲渡担保は消費貸借によつて資金を融通するが、担

保方法においては両者共に資金融通と同時に目的物の所有権を移転する形式による。

(二) 債務不履行時に初めて目的物の所有権を債権者に移転する形式を採るもの

資金を融通しながら、債権者と債務者（又は第三者）の契約で、債務不履行時には本来の債務の弁済に代えて債務者（又は第三者）所有の目的物で返済することを予め約束するものとして、代物弁済の予約がここに属する。代物弁済の予約の目的物としては、動産・不動産いずれも構わない。しかし、一般的に不動産に関して行われ、この場合に将来の所有権取得を保全するために仮登記をすることが一般である。この様に仮登記をする方法による非典型担保を仮登記担保という。

三 非典型担保類型化の無益性（同一法原理による非典型担保の規律）

以上でみたように、非典型担保は資金の融通形式によって類型化することができるし、またその形式、即ち登記簿上、所有権移転の本登記をするのか又は仮登記をするのかによって、また細分することができる。

しかし、この様な分類ないし類型化は、仮登記担保等に関する法律の制定によつて、同一の法原理によつて規律されるようになった。即ち、形式はお互いに違ふといつても、実質的に総て債権担保にその目的があるので、資金を融通してくれた者（即ち、非典型担保権者）は常に制限物権としての担保物権の

みを取得し、目的物の所有権は非典型担保の設定者（即ち、資金の融通を受ける者又は目的物の持ち主である第三者）に残るようになる。債務者の債務不履行時に債権者が清算手続を経て初めて所有権を取得するか、又は目的物を競売して優先弁済を受けるようになる。以上から、非典型担保の類型化は、法理的理論構成に全く実益が無くなった。

V 非典型担保に対する規制の変遷

一 規制の必要性

非典型担保は目的物の所有権移転の形式を採るので、債権額と担保目的物の価額との不均衡から、債権者が暴利を得る可能性が非常に高い。そして、債権額を超過して目的物の所有権を取得する暴利の方法に利用される非典型担保に対して、衡平の見地から規制の必要性がある。

非典型担保に対する規制は、実体法的な規制から出発し手続法的にも細かく規制して、債権者が債権額を超過して超過利得を得ることを防止している。以下、旧民法時代から遡つて非典型担保に対する規制の移り変わりを詳しくみることにする。

二 旧民法時代

旧民法には、非典型担保によつて債権者が債権額を超過して目的物を取得することを防止する特別規定を置いてなかった。そして、学説と判例も非典型担保を形式のままに所有権移転の効力を認める法的構成をしていた。但し、学説と判例は、目的物

の価額と債権額の間に不当に大きい不均衡がある場合には、その非典型担保を暴利行為として無効にした。しかし、実際に暴利が認められていたのは差額がよほど大きいときであるから、債権者は債権額を超過する利得を多く得ることができた。

三 現行民法の規定と民法六〇七条・六〇八条の新設

旧民法では明らかではなかったが、現行民法は六〇七条と六〇八条を新設して、消費貸借の当事者が本来の債務に代えて他の財産権で返済することを予約した場合には、その財産（主に品物）の予約当時の価額が債権額とそれに対する利子の合算額を越すことができないようにし、その合算額を越える代物弁済予約は無効にするように規定している。

この様に民法六〇七条と六〇八条は、債権者が不当に大きい超過利得を得る目的に代物弁済の予約を利用することを防止するために規定された。そして、初期の判例は、六〇七条と六〇八条は代物弁済の予約に関する規定だから、譲渡担保、売渡担保には適用がないとした（大判一九六二・二・二二、一九六四・九・二二、一九六五・一・一九）が、後に判例を変更して、清算を要しない、いわゆる流担保型譲渡担保と売渡担保にも適用されるとした（判一九六六・二・一五、一九六六・四・二二、二二・一九）。この様に、判例が民法六〇七条及び六〇八条を代物弁済の予約及び仮登記担保だけでなく、清算を要しない、いわゆる流担保型譲渡担保及び売渡担保にも適用すること、非典型担保による暴利行為を旧民法よりはるかに効果的に規制することができるようになった。

ところで、民法六〇七条と六〇八条を運用するにあたり、判例は、初期には代物弁済予約の目的物の予約当時の価額が債権額とそれに対する利子の合算額を超過すれば、その代物弁済予約全部を無効にした（大判一九六二・五・三一）。しかし、次第に、全部無効の理論は債権者に苛酷だけでなく善意の第三者に対しても不測の損害を与えるおそれがあるという点で、代物弁済の予約としては無効だといっても無効行為の転換（八条）によって債権担保契約としては有効であると認め、債権の元利金を超過する目的物の価額は、債権者が目的物の所有者に清算するようにした（大判一九六四・一・一〇、一九六四・四・二二）。この様に、民法六〇七条と六〇八条は、債権額を超過して目的物の所有権を取得する場合には、その超過額を返還する清算義務を債権者に課すことで、債権者が不当な利得を取り得る非典型担保を適切に規制することができるようになった。

しかし、金融実務においては、提訴前和解調書を作成して、債務者の債務不履行時に清算手続を経ることなく、債権者に直ちに本登記をして目的物の所有権を取得するのが一般化された。ところが、判例は、六〇七条及び六〇八条に違反した提訴前和解調書の有効性を認めた（大判一九六九・二・二九）。

以上の様に、現行民法が六〇七条と六〇八条を新設して、非典型担保に対する実体法的な規制規定を置き、債権の元利金を超過する目的物の価額の清算義務を債権者に課しているが、具体的清算手続については規定をしなかった。そして、具体的

な清算手続に関する規定と提訴前和解調書による六〇七条・六〇八条の回避に対して、適切な手続法規の用意が要請された。

四 仮登記担保等に関する法律の制定

民法六〇七条及び六〇八条を具体的に実践する手続規定を規定している法律が、仮登記担保等に関する法律である。そして、同法律の規定によって、非典型担保をその形式に従って法理論構成した従来の通説と判例の態度から脱して、非典型担保は例え所有権移転の形式によるといってもその実質は債権担保が目的であるから、形式より実質を重視し、非典型担保を制限物権としての担保物権である特殊な抵当権として把握している。そして、形式は所有権移転といっても、非典型担保権者は目的物の所有権を取得するのではなく、制限物権としての担保物権を取得するだけである。この法律は、仮登記担保だけではなく、譲渡担保、売渡担保にも適用される（仮担保法一条）。したがって、非典型担保総てが同法によって規律されている。

仮登記担保等に関する法律は、登記・登録によって公示することができる品物や財産権を目的とする非典型担保を規律することができるよう規定しているが、登記・登録によって公示されることができない品物や財産権を目的とする非典型担保にも類推適用されると解される。

仮登記担保法の具体的な内容は、仮登記担保法を説明する際に説明する事にして、まず主要な特徴のみをここで言及する。既に述べたように、仮登記担保法は、形式如何を問わず、そ

の実質が債権担保ならば適用され、非典型担保の権利者は目的物の所有権を取得するのではなく、制限物権である担保物権を取得するだけである。非典型担保権者が優先弁済を受ける方法は、所有権を取得する帰属清算の方法と競売の方法から選択的に行使するとしている。所有権取得は、法定の清算手続を通してのみ可能であり、非典型担保の設定者は、清算手続の最後の手続である債権者から清算金の支払を受けるまでは、債務を弁済して目的物を受戻すことができる。また、後順位権利者の保護のための制度も、同時に規定している。

仮登記担保等に関する法律（の特徴）は、何よりも形式より実質を重視し、実質に従って規律しているという点である。同法が制定され、非典型担保を広く規制してはいるが、未だ提訴前和解調書の利用により同法の規制を回避する可能性に対しては、何らの規律ができていない。

そして、仮登記担保法が実質を重視して所有権移転の形式を採っている変則担保を制限物権である担保物権と認めることで、実質と異なる登記、即ち不実登記に有効性を認めるようになり、その面では不動産実名制の主旨に反している。

五 不動産取引実名法による変則担保の規律

仮登記担保法の制定によって変則担保を制限物権として立法したが、登記簿上の公示においてはそれが請求権保全の仮登記なのか担保仮登記なのか分けられないので、譲渡担保は、真正な所有権移転の登記なのか名義信託の登記なのか分けられない

問題点を内在している。不動産取引実名法を制定し名義信託を無効にしながら、これと共に変則担保の方法によって名義信託を行う脱法行為を防止するための措置が採られた(同法三項)。即ち、仮登記担保又は譲渡担保の登記申請時に、債権者は、債務者、債権額及び債権担保の内容を記載した書面を、一九九五年七月一日から一年の猶予期間内に登記官に提出するようにした(同法四項)。しかし、債権者が債務者、債権額及び債権担保の内容を記載した書面を提出せずに仮登記担保又は譲渡担保登記が完了したといっても、その仮登記担保又は譲渡担保の私法上の効力は何らの影響を受けないと解される。

第二節 仮登記担保

第一款 序説

I 仮登記担保権の意義と仮登記担保法の制定

[I] 意義

仮登記担保は、金銭債権を担保するために、債権者と債務者(又は第三者)の間に債務者(又は第三者)所有の不動産を目的とする代物弁済予約又は売買予約などをして、同時に、債務者の債務不履行の場合、債権者が目的物の所有権その他の権利を取得することで債権の満足を得ることができるように、所有権移転請求保全の仮登記(又は仮登録)をする担保形式をいう。いい換えれば、仮登記担保は、債権担保のために代物弁済予約、売買予約又は売買をして、その契約により発生する将来

の目的物の所有権移転請求権を保全するために、仮登記(又は仮登録)をしておく方法を探る非典型担保である。

この様に債権担保のために所有権移転の予約をしてこれを仮登記する方法は、ずいぶん前から行われてきた。具体的実務では、代物弁済予約と仮登記担保を併存させる方法を主に利用しているが、売買予約や売買(売買の本契約を締結して仮登記をしておく場合)も併存して利用している。しかし、如何なる方法を探っても、仮登記が債権担保を目的にして債務不履行がある場合には債権者がその仮登記に基づいて本登記をして所有権を取得することで、債権満足を得る点では差がない。

仮登記担保は、登記又は登録によって公示することができる不動産又は不動産的動産に限ってだけ利用することができる。しかし、登記又は登録によって公示することができない動産に対しても、債権担保のために代物弁済の予約ができる。したがって、仮登記担保法は、仮登記又は仮登録によって公示されることができる仮登記担保に対して適用されるが、仮登記又は仮登録によって公示することができない債権担保のための動産の代物弁済の予約などにも、類推適用することが妥当である(郭六三七・張八六三)。

[II] 仮登記担保の類型

仮登記担保は、仮登記をするための基本契約によって、そして債務者の債務不履行時の清算方法によって、その類型を分け

ることができる。

一 基本契約による分類

(一) 代物弁済の予約による仮登記担保

消費貸借によって金銭を借用しながら、債務者の債務不履行時には債務の弁済に代えて不動産の所有権を債権者に移転するという代物弁済の予約をして、この予約による所有権移転請求権を保全する仮登記をしておく方法を探る債権担保方法である。そして、債務者が弁済期に債務を弁済しなければ、債権者が清算手続を経て仮登記による本登記をすることによって、仮登記担保の目的物の所有権を取得することで債権満足を得るか、又は仮登記担保の目的物を競売して、その競売代金から優先弁済を受けることができる。実務において主に利用される仮登記担保は、まさにこの様な方法による。

(二) 売買の予約による仮登記担保

不動産を将来売却することを約定する売買予約をして、その売買代金を借入金相当額にして債務者(即ち、不動産所有者)が予め支払を受け、売買予約による所有権移転請求権の保全のための仮登記をする場合がこれに属する。この場合にも、債権の弁済を受ける手続は代物弁済予約による仮登記担保の場合と等しい。

(三) 売買による仮登記担保

売買契約をして、それについて所有権移転の本登記をしないで仮登記しておく場合がある。この場合にも、債権の弁済を受

ける手続は代物弁済予約をして仮登記をした場合と同じである。なぜなら、仮登記担保法は形式如何を問わず、実質的に債権担保の方法なら、総て仮登記担保法が規定する手続によって弁済を受けることができるように規律しているからである。

二 清算方法による分類

(一) 帰属(取得)清算型

法定の清算手続を経て、債務者が仮登記に基づいて本登記をして目的物の所有権を取得することで債権満足を得る方法の仮登記担保である(三條)。

(二) 処分清算型

仮登記目的物の所有権を取得せずに、債権者が仮登記目的物を競売に付し、その競売代金から優先弁済を受ける方法の仮登記担保である。

帰属清算型を採るか処分清算型を採るのかは、債権者の選択によって決まる(仮担保一二、
条一項前文)。

【Ⅲ】 仮登記担保法の制定

一 制定の動機及び効果

仮登記担保が、生成・利用されるようになった原因は様々であるが、なによりも債権者が自己の債権額を超過する価額の目的物の所有権を取得して暴利を取得しようとする事、及び典型担保の実行手続である競売は手続が煩わしく費用も多く必要となるので、この様な実行手続の複雑さと煩わしさを回避しよ

うとすることにあった。

仮登記担保が実務の必要によって生成・利用されるといつても、債務者を犠牲にして債権者が暴利を得ることをそのまま放置しておくことはできないことだった。そこで、旧民法は暴利行為による無効の法理によって規制し、現行民法では六〇七条と六〇八条において、債権者が債権額とそれに対する利子の合算額を超過する利得を得ることができないように実体法的規制規定をおいた。しかし、実体法的規制規定は用意されたが、具体的な詳細規定と手続規定が用意されず、詳細規定と手続規定の用意が必要であるとして、一九八三年に「仮登記担保等に関する法律」が制定された。日本では、既に一九七八年に仮登記担保契約に関する法律を制定して、仮登記担保に対して立法的に規制をしていた。

仮登記担保法が制定される前、仮登記担保は債権者に非常に有利だった。民法六〇七条と六〇八条による規制を受けたといつても、提訴前和解調書を利用して、同規制規定を回避することができた。もちろん、仮登記担保法でもやはり提訴前和解調書の利用による仮登記担保法上の規制規定を回避する可能性に対する規制はできない。しかし、仮登記担保法の内容が、細かい点まで仮登記担保によって不当な利得を得ることができないように厳格に規制している。そして、仮登記担保法の制定で、これまで債権者が仮登記担保を債権担保の手段で利用した多くの魅力は、ほとんど消えたという（郭六四一、張八六六）。日本では、仮登

記担保法を仮登記担保圧殺法だと評価するという（郭八六六）。仮登記担保によれば、所有権取得の帰属清算ができることで複雑な競売手続を避けることができる利点はある。

この様に、仮登記担保法の制定によって、債権者が仮登記担保によって不当な利得を得ることができる可能性を排除する一方、仮登記の登録税も、従来は一件当たり二、〇〇〇ウォンとして設定費用が極めて少なかったが、今日では、仮登記担保目的物の価額の一、〇〇〇分の二を登録税で納めるとされているので（地方税法三三、二）、仮登記担保には多くの費用が必要となり、仮登記担保利用を制約する要因として作用している。

一方、仮登記担保などの変則的担保に対する法律的規制により変則担保の利用が減り、典型担保が主に利用されるようになったことは、近代的抵当制度の確立、抵当権の流動化の実現のために望ましい現象として評価される。

二 本法の適用範囲

仮登記担保法の適用範囲はかなり広い。それは、本法が、民法六〇八条の規定によりその効力が喪失される代物弁済の予約に含まれたり併存する債権担保の契約によって仮登記又は所有権移転の本登記がなされた総ての類型の非典型担保を規律対象にするので（仮担保法二条、二条一号）、代物弁済予約の他にも譲渡担保、売渡担保、還売、再売買の予約など、その名称如何を問わず、その実質が債権担保を目的にする場合には、例外なしに本法が適用されるからである（日本の場合には譲渡担保は除かれる）。

そして、登録することができる権利による担保にも総て適用される（（仮担保法）（一八条））。しかし、主な適用対象は譲渡担保と仮登記担保である。

本法一条及び二条一項は、消費貸借によつて発生した債権を担保するための仮登記担保、譲渡担保などのみ本法が適用されると規定されているが、消費貸借契約によらずに発生した債権を担保するために設定された仮登記担保、譲渡担保などにも適用されると解される。しかし、判例は仮登記担保法の適用範囲を狭く認めている。即ち、仮登記担保法は、被担保債権が消費貸借、準消費貸借によつて発生した場合にのみ適用されるといつて（（大判一九九一・二二六））、仮登記担保の目的物の価額が代物弁済予約当時に借入額とそれに対する利子の合算額を越えない場合（即ち民法六〇八条に違反しない場合）には、やはり適用されないという（（大判一九九一・二二六））。これに関しては、仮登記担保権の被担保債権となり得る債権に関する説明をする際、詳細にみることにする。

三 仮登記担保法の問題点

全一八ヶ条で構成された仮登記担保法は、その内容が非常に緻密に規定されている。しかし、非典型担保が暴利行為に利用されることを防止するための立法主旨に照らしてみるとき、立法論上まったく問題がないわけではない。

まず、仮登記担保法は、提訴前和解の効力を制限していない。これが本法の最大の虚点（（原文のまま）（問題点・争点））といふことができる。

（（金容六二〇））。本法の政府原案一九条では、提訴前和解に対する無効規定をおいたが、審議過程で削除された。しかし、一般慣行としては仮登記担保契約をしながら提訴前和解をしておくことで、債務不履行がある場合には、債権者が直ちに所有権移転の本登記ができるようになる。提訴前和解が許容される以上、仮登記担保法が規定する清算手続が有名無実となる可能性は十分にある。

そして、仮登記担保法は、仮登記を担保仮登記と請求権保全の仮登記で区分することができる成文法上の根拠を提供したが、不動産登記法では、担保仮登記と請求権保全の仮登記の登記形式が等しいことから、担保仮登記の公示方法が非常に不十分だといえる。担保仮登記が否かは当事者の立証によつてのみ確認される。仮登記を二つの種類で認めた以上、それぞれの登記においても区別されることができなければならないであろう。そして、担保仮登記は、登記原因を担保目的で表示するようにして、仮登記担保権者、被担保債権額、利子など仮登記担保の内容を表示するにしなければならないであろう。

II 仮登記担保権の性質

一 所有権移転形式の担保物権

仮登記担保は、担保形態としては制限物権ではなく所有権移転形式の担保方法である。仮登記担保法は、仮登記担保が担保

物権であると明示的に規定していないが、同法の内容からみると一種の担保物権といえる。この様に、担保仮登記によって債権者は仮登記担保という一種の担保物権を取得することを認めるのが多数説であり、多数説には、仮登記担保権の性質について、抵当権に類似している特殊抵当権で理解する見解（第三四頁三八七）と特殊抵当権だというよりは変則的特殊性を持つ担保物権だとみる見解（金容六四八）がある。多数説に比べて、少数説は、信託的所有権移転説を採っている（李英八六三）。

特殊抵当権説は、その根拠として、(i) 第一に、仮登記担保権者が目的物の所有権を取得する取得清算をする時にも、仮登記担保権者は目的物の所有権をまったく取得することができないにも拘らず、目的物の価額と債権額の差額を清算金として債務者に支給しなければならない（仮担保法四九条一項）。これは、仮登記担保権者の所有権取得権は色焼退色（原文のまま）（有名無実）され、被担保債権額を限度とする価値取得権に転化し優先弁済機能の色彩が濃厚であり、また清算金を支払うまでは、他の債権者による競売が開始されれば、仮登記担保権の目的物の所有権を取得することができず優先弁済権に転換されている（仮担保法一四九条）こと、(ii) 第二に、仮登記担保権者に目的不動産の競売請求権を認め、その競売に関しては仮登記担保権を抵当権とみている（仮担保法一二条）こと、(iii) 第三に、担保目的物に対して第三者が競売手続を踏むようになった場合、仮登記担保権を抵当権とみることによって、仮登記担保権者は仮登記の順位によって優先弁済を受けることが認め

められる（仮担保法一三三條）こと、(iv) 第四に、破産手続においては、破産法の中で抵当権に関する規定を仮登記担保権に適用すること（仮担保法七九条一項）こと、(v) 第五に、仮登記担保権は、国税基本法、国税徴収法、地方税法、会社整理法などの適用においても、抵当権とみる（仮担保法七九条三項）こと、という点を持っている。

この様に、仮登記担保権は、抵当権に類似している特殊抵当権とみられるというのだ。

これに対して、批判する見解は、(i) 第一に、仮登記担保権は基本的に民法六〇七条・六〇八条と係わって、経済的弱者の保護と取引秩序の維持という枠内でその機能と効力が認められていること、(ii) 第二に、仮登記担保権は仮登記制度に便乗して担保目的を果たそうとするが、担保物権としての公示方法が不十分なこと、(iii) 第三に、仮登記担保権者に清算義務を認めるが、清算手続においては目的不動産の直接取得と競売という二種の方法を両立させているから、仮登記担保権を特殊抵当権で理解しようとするのは妥当とはいえず、変則的特殊性を持つ一種の担保物権として理解しようとする。

そして、信託的所有権移転説を採る見解は、仮登記担保は所有権移転予約型として、停止条件の成就又は予約完結権の行使という条件付で所有権が移転されるという。

思うに、仮登記担保権は変則的方法による担保物権なので、制限物権である典型担保権とは違う変則的特殊性を持つことは

当然である。しかし、仮登記担保法は、仮登記担保権をできるだけ制限物権である典型担保権の中で抵当権に接近させて、制限物権である担保物権の効力を持つように規定している。したがって、仮登記担保権は、仮登記によって所有権移転のための形式を採るが、その実質は特殊な抵当権と理解することが妥当である。

二 仮登記担保権は、特殊抵当権である一種の担保物権なので、担保物権の通用性を持つ。したがって仮登記担保権にも附従性、随伴性、物上代位性の性質がある。

第二款 仮登記担保権の設定及び移転

I 仮登記担保権の設定

仮登記担保権は、仮登記担保契約と仮登記をすることで設定される。これは、物権変動に関する成立要件主義の原則上当然である。

[1] 仮登記担保契約

債権担保のために、債務者が債務を履行期に履行しない場合には、債権者又は第三者に属する所有権その他の権利を移転することを内容とする代物弁済予約その他の契約が、仮登記担保契約である。

仮登記担保法一条及び二条一号は、民法六〇八条によって効力が喪失される代物弁済予約に含まれ、あるいは併存する債権

担保契約が、仮登記担保契約であると規定している。

ところで、民法六〇八条によって効力を喪失する代物弁済契約は、消費貸借に附随して代物返還（代物弁済）の予約をしたが、その代物返還する事にした財産の予約当時の価額が、消費貸借上の借用額及びこれに対する利子の合算額を超過する場合である。したがって、仮登記担保法の適用を受けるのは、消費貸借の当事者が、その消費貸借で生じた債務を担保するために代物弁済契約をした場合ということになる。

いい換えれば、消費貸借によって発生した債権を担保するために、所有権又はその他権利を移転することを内容にする代物弁済予約、その他の契約が仮登記担保契約ということになる。

したがって、不法行為や売却取引で生じた商品代金債権を担保するための代物弁済の予約、その他の契約は、仮登記担保契約とならないことになる。この問題は、仮登記担保権の被担保債権の種類と係わっており、学説の争いがあるので、仮登記担保によって担保され得る債権を説明する際、詳細にみることにする。

仮登記担保契約の当事者及び要件などに関して、詳細は以下の様になる。

一 契約当事者

仮登記担保契約は、債権者と債務者又は物上保証人の間の諾成、不要式の契約である。仮登記担保権の設定者は、債務者に限らず第三者（物上保証人）でも構わない。仮登記担保法も、物上保証人がある場合を想定している（仮担保法二条二号）。

二 契約の要件

(一) 債権を担保する契約であること

仮登記担保法が適用される仮登記担保権の被担保債権になり得る種類に関しては、学説が対立している。即ち、仮登記担保法一条及び二条一号では、民法六〇八条によつて効力が喪失（即ち、一部無効）になる代物弁済（代物返還）契約に含まれた債権担保契約が仮登記担保だと規定しているから、同法の適用を受ける仮登記担保権の被担保債権になり得る債権は、消費貸借による債権、即ち金銭その他代替物の給付を目的にする債権と解釈することができる。

そして学説は、同法の適用を受ける債権を、消費貸借によつて生じた債権に限定しなければならないという説（金判六四九）と、消費貸借以外の事由で生じた債権（例えば、売掛取引で生じた商品代金債権）にも適用されるという説（郭六四五・三九七）が対立している。日本の仮担保法一条は金銭債権に限っている。

前説は、その根拠として、(i)仮登記担保法は、消費貸借による代物弁済予約において無効部分に関する清算手続を規定した特別法として、仮登記担保法一条及び二条が名文で消費貸借による債権を担保するための仮登記担保権に限って同法の適用を受けることと規定されており、(ii)仮登記担保法の立法主旨は、債務者保護が主目的なので、債権者保護が制度の主旨である消費貸借によらずに生じた債権、例えば売掛取引による商品代金債権や、不法行為による損害賠償債権などには仮登記担保法が適

用されないと解釈しなければならない、(iii)消費貸借によらずに生じた債権を担保するために仮登記担保権を設定することでもできるが、その場合には仮登記担保法を適用するのではなく、反社会秩序（民一〇）、暴利行為（民一〇）などの法理によつて解決すれば良い、という。したがって、仮登記担保法の適用の対象になる仮登記担保権によつて担保される債権は、消費貸借による債権に限定しなければならないという。

後説は、消費貸借による債権を担保するために設定する仮登記担保権に限ってだけ仮登記担保法の適用を制限すれば、脱法行為をする余地を残すようになる危険性があるので、消費貸借によらずに生じた債務の担保のために代物弁済予約などをした場合にも、仮登記担保法を適用しなければならないという（郭六四）。

思うに、仮登記担保法は主に消費貸借、それも金銭消費貸借上の債権担保のための仮登記担保権に適用されるはずだが、消費貸借以外の事由で発生した債権を担保するための仮登記担保権にも適用を排除する必要はない。このような消費貸借以外の事由による債権担保のために抵当権を設定することができるし、仮登記担保権を設定することもできる。抵当権を設定した場合には、抵当権に関する民法が適用される。ところで、消費貸借以外の事由で発生した債権を担保するために仮登記担保権を設定した場合に仮登記担保法の適用を排除すれば、脱法行為の可能性を十分に見越すことができる。したがって、仮登記担保法一条及び二条一号をあまり厳格に解釈するのではなく、仮登記

担保一般に仮登記担保法が適用されると解釈することが妥当である。したがって後説を妥当とする。

(二) 担保の目的になされる契約であること

仮登記担保契約は、債権担保を目的に成立した契約である(仮担保法二条一號)。担保の目的の有無は、具体的な契約ごとに個別的に判断しなければならない。代物弁済の予約をする場合には、

一般的に担保の目的があると推定することができる(第六)。

しかし、売買予約や単純な売買契約をする場合、担保目的が当然に存在するとみることができない。したがって、売買予約や売買契約の場合、それが仮登記担保契約なのか、又は本来の売買予約、本来の売買契約なのかの可否は、具体的に個別的に契約締結の動機、抵当権との併用の有無など、多くの事情を考慮して決めなければならない(第七)。

そして、代物弁済予約は、担保目的に締結されたと推定されるので、本来型を主張する方で本来型を立証する責任があるといわなければならないはずであるし、売買予約や売買契約は本来型が多いであろうから、本来型なのか担保型なのか、それを主張する者が立証しなければならないだろう。

(三) 債務不履行時には一定の権利を債権者に移転するという

内容の契約であること

仮登記担保契約は、債務者の債務不履行時に、債務者又は第三者に属する所有権その他の権利を移転することを内容とする契約である。したがって、消費貸借契約を締結しながら、同時

にそれから発生する債権を担保する目的で所有権を移転する形式を採る譲渡担保契約は、ここでいう仮登記担保契約ではない。

仮登記担保契約は、所有権その他の権利の移転を目的にする契約であれば良く、その名目ないし名称如何は問わない。したがって、代物弁済予約に限らず、その他に同じ効力がある売買予約や売買契約だとしても構わず、贈与予約や贈与契約も仮登記担保契約になることができる(第六四六、六八七〇)。

(四) 債権者の契約上の権利に関して仮登記(又は仮登録)が可能なこと

不動産登記法二条に列挙されている不動産に関する権利の内、権利質権、抵当権、傳賃権を除いた(一八条)その他の権利、即ち所有権、地上権、地役権などの権利が対象である。この外にも、立木に関する法律による立木、登記した船舶、自動車、航空機、一定の建設機械、工場財団、鉱業財団、特許権、実用新案権、意匠権なども仮登記又は仮登録が可能である。しかし、実際に利用されるほとんど大部分は、不動産所有権である。したがって、以下では不動産所有権に限って説明する。

[II] 仮登記(又は仮登録)

仮登記担保権の設定は、公示方法である仮登記又は仮登録を具備しなければならない。それは、抵当権設定における設定登記に該当する。担保仮登記も、その形式においては所有権移転

請求権を保全するための仮登記と等しい。しかし、実質は担保目的であるから担保仮登記だという（仮担保法三項）。担保仮登記は次の様な特徴がある。

(一)担保仮登記は、仮登記担保権を公示する作用を持つものの、抵当権設定登記とは異なり、被担保債権に関して（債権額、債務者、弁済期、利子など）は記載されない。したがって、目的不動産に及ぶ担保仮登記権の範囲を第三者（特に後順位担保権者）などに公示することができないので（公示性の限界）、目的不動産の担保価値を再度利用するには差支えがあり、担保仮登記と請求権保全の仮登記はその形式が全く同じであり、登記簿上の記載だけではこれを識別・区別することができない。

(二)請求権保全の仮登記は、順位保全的効力のみを持つが、担保仮登記は、その他にも一定の実体的効力が認められる。即ち、仮登記担保の目的物が他の債権者によつて競売に付された場合、仮登記担保権者は仮登記のまま、その仮登記の順位を持つて優先弁済権を行使することができる（仮担保法三項）。この場合、担保仮登記は、仮登記だが本登記のような機能と効力を持つ。

(三)仮登記担保法は、仮登記担保契約を締結し、かつ仮登記（即ち担保仮登記）を取揃えている場合にだけ適用される。したがって、仮登記担保契約、例えば代物弁済予約だけ締結し、仮登記をしていなければ、仮担保法の適用される余地がない。

ちなみに、単に代物弁済予約だけしている場合、それが抵当権と

併用された場合には、有抵当の特約をしたとみななければならない。したがって、債権者は超過分を返還する清算義務があるという。そして、抵当権と併用せずに、債権担保の目的で仮登記をしない代物弁済予約が締結された場合には、民法六〇七条・六〇八条の問題として処理されなければならないという主張がある（第六四七）。

II 仮登記担保の移転

(一)仮登記担保権によつて担保される債権の弁済期が到来する前に投下資金を回収しようとするれば、仮登記担保権を処分するしかない。仮登記担保権も一種の財産権として、当然に譲渡性を持つ。ところで、抵当権は附従性によつて被担保債権と分離して他人に譲渡することができないので（民法三六）、特殊な抵当権である仮登記担保権も、その被担保債権と一緒にしてのみ譲渡することができるといわなければならないだろう。

(二)仮登記担保権付債権の譲渡は、債権譲渡だけではなく、仮登記担保権の譲渡も含まれる。仮登記担保の譲渡は、不動産物権変動の一般原則によつて、物権的合意と登記をすると効力が生ずる（民法一八）。

ところで、登記は、予約上の権利の仮登記があるだけなので、仮登記に権利移転の附記登記をすることになる。

被担保債権の譲渡は、債権譲渡に関する規定が適用される（民法四九条乃至五二条）。したがって、当事者間の譲渡は、意思表示だけで譲渡の効力が生ずるが、債務者その他の第三者に対抗す

るためには、譲渡人が債務者に通知するか又は債務者が承諾しなくてはならない(条四五)。そして、先の通知や承諾を持つて第三者に対抗しようとするれば、通知や承諾は確定日付ある証書によらなければならない(条四五)。(条二五)。

第三款 仮登記担保権の效力

I 序説

仮登記担保権は一種の担保物権なので、その中心的効力は、優先弁済の効力にある。ところで、問題は、非典型担保である仮登記担保権において、優先弁済の効力をどの様に具体的に実現するのということである。これに関して、仮登記担保法は二つの方法を規定して、仮登記担保権者がその中で選択的に行使するようにしている。

一つは、仮登記担保権者が目的不動産の所有権を取得して、被担保債権の満足を得る方法であり、これは非典型担保にだけ認められる特殊な実行方法であり、権利取得による実行である。もう一つは、仮登記担保権者が競売を申立て、競売代金から被担保債権の優先弁済を受ける方法である。この方法は、典型担保における原則的な実行方法として、競売による実行である。仮登記担保法は、これら二つの実行方法の中で、仮登記担保権者が選択するようにしている(条二五)。

その他にも、他の債権者によって競売手続が開始された場合に、仮登記担保権者はこれに参加して、優先弁済を受けること

ができる。これは、仮登記担保権の実行そのものではないが、目的物の交換価値から債権の満足を得るので、実質においては、仮登記担保権の実行といえる。

ここでは、まず仮登記担保権の一般的効力を説明し、次に先の実行方法に関して詳しく説明する。

II 一般的効力

一 仮登記担保権の効力が及ぶ範囲

(一) 被担保債権の範囲

仮登記担保権の被担保債権の範囲に関しては、抵当権のそれに関する民法三六〇条の規定が適用される(条二五)。したがって、仮登記担保権は元本、利子、違約金、債務不履行による損害賠償、担保権実行費用を担保する。債務不履行による損害賠償、即ち遅延賠償は元本の履行期を経過した一年分に限る(条三六)。ところで、抵当権の場合にはこれは総て登記事項である。したがって、登記なしには第三者に対抗することができない(条四〇)。しかし、仮登記担保においては、これらを登記する方法がない。これが、仮登記担保権の公示の限界である。

(二) 目的物の範囲

仮登記担保の効力が及ぶ目的物の範囲は、設定契約で決めるようになるが、附合物・従物・果実に関しては、民法三五八条・三五九条及びその理論がそのまま適用される。

(三) 物上代位

仮登記担保権は、一種の担保物権として目的物の交換価値を取得する権利だといわなければならない。したがって、物上代位性を有し、民法三四二条が類推適用されるといわなければならない（〇三七）。

二 対内的効力（担保目的物の利用）

(一) 仮登記担保権が設定されても、目的物の所有権は、その仮登記担保権の実行があるまでは、設定者に帰属する。したがって、抵当権の場合と同様に設定者が自由に利用することができ、第三者のために利益権の設定も可能である。公租、公課は設定者が負担する。設定者が目的物の担保価値を減少させた場合、仮登記担保権者は損害賠償を請求することができ、その賠償額は被担保債権額を限度とする（第六五二、第六五三）。

(二) 仮登記担保法によると、不動産賃借権の登記（第六二）、又は住宅賃貸借保護法による賃借人の保護のための対抗力ある賃借権の取得者に対しては、例えばそれが担保仮登記が行われた後に設定されたとしても、清算金の範囲内で同時履行の関係を認めている（五条五項）。これは、賃借権の場合には、保証金（傳賃金）を交付する場合が多いので、賃借人の保護のためである。

三 対外的効力

(一) 担保権者の処分

債権者は、仮登記担保権を被担保債権と一緒に第三者に譲渡することができる。譲渡方法に関しては既述した。

(二) 国税優先特権との関係

仮登記担保権は、国税基本法、国税徴収法、地方税法の適用においては、これを抵当権とみる（七条三項）。したがって、国税債権の発生日付又は租税の種類によっては、納税告知書発送日と仮登記担保権の登記日付（即ち、仮登記日付）の先後によって、その優先順位が決まる。

(三) 設定者の破産、会社整理

仮登記担保権を設定した者が破産した場合、仮登記担保権者は別除権を持ち（仮担保法一七条一項）、破産財団に属しない破産者の不動産又は権利に仮登記担保権を取得した者は、準別除権を持つ（仮担保法一七条二項）。そして、設定者に関して会社整理手続が開始された場合、仮登記担保権は、整理担保権（原文のまま）として扱われる（会社整理法一七条三項、会社整理法一三三條）。

III 仮登記担保権の実行

[I] 概観

担保物権の中心的効力は、優先弁済的効力にある。仮登記担保権であつても、債務者が債務を任意に弁済しない場合、その担保権を実行することで債権の満足を得る。仮登記担保権の実行方法について仮登記担保法は、直接に担保不動産の所有権を取得する方法と競売による方法の内、仮登記担保権者が選択的に行使するようにしている。

Ⅱ 権利取得による実行

権利取得による仮登記担保権の実行は、被担保債権の弁済期が到来したにも拘らず債務者が履行しない場合、仮登記担保権者が担保目的物の価値から被担保債権の弁済を受けるために、目的不動産の所有権を取得することによる。

しかし、仮登記担保権者の所有権取得は、債務者が債務を不履行したといつて直ちに成立するのではなく、一定の手続を経ればこそ可能である。具体的な手続は、債務者が債務を不履行した場合に債務者などに一定の事項を通知する。実行通知をして、通知後二ヶ月の清算期間を経過して、目的不動産の価額が被担保債権額を超過すれば、その差額を清算金として債務者などに支払った後、仮登記に基づいて本登記をすることで、初めて目的不動産の所有権を取得するようになる。

以上から、権利取得の実行方法は、実行通知、清算、所有権取得という三段階を経るようになる。

一 実行通知

仮登記担保権者が仮登記担保の実行で所有権を取得しようとするれば、第一の手続として、仮登記担保法三条が定める次のような通知をしなければならない。

(一) 通知事項

債権者が債務者などに通知しなければならない事項は、目的不動産の評価額と債権額を控除した金額である清算金の評価額である（仮担保法三条）。

実行通知には、通知当時の目的不動産の評価額及びその時期の被担保債権額（即ち、民法三六〇条に規定された元本、利息、違約金、債務不履行による損害賠償、債務者などが負担しなければならない実行費用として債務者が負担する額）を明示しなければならない（仮担保法三条）。また、目的不動産が二つ以上の共同仮登記担保権である場合の実行通知には、各不動産の所有権移転によつて消滅させようとする債権とその費用を明示しなければならない（仮担保法三条）。

ところで、共同仮登記担保は抵当権における共同抵当（民法三六五）に当るが、共同抵当の場合とは違い、債権者は必ず各不動産の価額の割合によつて債権額を割付けて明示する必要はなく、自らの自由裁量で適当に割付けて明示すれば十分である。

そして、仮に目的不動産の価額が債権額に達しておらず清算金がないと認められる場合、その内容を通知しなければならない（仮担保法三条）。この様に目的物の価額が債権額に達していない場合、その差額については無担保債権として存続することになる。

(二) 通知の相手方

債務者、物上保証人、及び担保仮登記後に所有権を取得した第三者である。仮登記担保法はこれらを総称して「債務者など」といつている（仮担保法二条二項）。

(三) 通知の時期

被担保債権の弁済期以後であれば、いつでも良い（仮担保法三条一項）。

(四) 通知方法

通知方法には何らの制限がない。したがって、書面又は口頭のいずれでも関係がない。しかし、通知の到達時期は清算時期の起算日にあたるから、明らかにする必要がある。したがって、配達証明付の書面によることが望ましい。

そして、仮登記担保契約が、代物弁済予約、売買予約などのような予約型である場合、予約完結の意思表示をしなければならないので、この意思表示と上の実行通知を同一の通知にして構わないとされている（第六五三、第六七六）。

しかし、思うに、実行の通知は清算金の評価額を通知することだが、その実行の通知には予約完結の意思表示も含まれていると解釈することが妥当である。何故ならば、実行の通知をするというのは、担保目的物の所有権を取得するためにすることなので、予約完結の意思表示を必ず明示的にする必要はないと判断されるからだ。

二 清算

仮登記担保権者は、上述した実行通知をした後二ヶ月の清算期間が経過して、債務者などに清算金を支給する弁済手続を経た後、仮登記に基づいて本登記をすることで、目的不動産の所有権を取得することができる。

(一) 清算義務

仮登記担保権者は、自己の権利を行使して目的物の所有権を取得することができるが、目的物の全価値を取得することは許

容されず、被担保債権額の範囲内でのみ目的物の価値を取得するだけである。したがって、仮登記担保権者は実行通知後二ヶ月の清算期間（実行通知が債務者などに到達した日から二ヶ月）が経過したときに、目的不動産の価額と債権額の差額を清算金として債務者などに支給しなければならない（四九四項）。

この様な清算義務によって、仮登記担保は非典型担保として目的不動産の所有権を取得するという本来の機能が、かなり弱体化した。

この様な清算義務は、清算期間が経過した後に発生する。したがって、清算期間経過前に清算金を支給しても、これを持つて後順位権利者に対抗することができない（七三二項）。

そして、清算義務を規定している仮登記担保法四九一項乃至三項に違反する特約として、債務者などに不利なことは無効である（四九四項）。したがって、目的物の価額が債権額を超過する場合、清算金の支払を免除する無清算特約、又は清算金支給義務と目的物に対する移転登記及び引渡との同時履行関係を排除する特約などは認められない。もし、この様な特約を許容したら、債権者が清算をしないとか、又は本登記及び引渡を先履行義務にすることを主張する場合に、債務者はこれを断ることができないからだ（四九四項本文）。

しかし、清算期間が経過した後にする特約は有効である（四九四項但書）。何故ならば、その様な特約は、債務者の自由意思によるとみられるし、債権者が暴利を得る危険性がないから

である（郭六、五四）。

（二）清算方法

仮登記担保法の制定以前には、清算方法として帰属清算方法と処分清算方法の二つの類型があった。しかし、従来の学説と判例は、前者の帰属清算型の方を合理的であると認めていた。

仮登記担保法は、目的物を任意換価する方法として、従来の処分清算は競売によるようにし、清算金を支払う手続を採る清算方法は、常に帰属清算によるようにしている。

帰属清算方法を採用する根拠として、仮登記担保法上の規定をよくみると、第一に、債権者は清算金を支払った後、仮登記に基づいて本登記を請求するようになされており（（仮担法二項）、第二に、清算金支払債務と目的不動産の所有権移転登記及び引渡債務の履行に関して、同時履行の抗弁権の規定を準用するようになしており（（仮担法四項）、上の規定に反する特約として債務者などに不利なことは無効としている（（四項本文））。

（三）清算金額

清算金は、実行通知当時の目的不動産の価額で、その時点の被担保債権額を控除した差額である（（仮担法四項））。しかし、目的不動産上に担保仮登記をする前に、既に先順位担保権が存在するときは、その被担保債権額も合算して控除しなければならぬ（（二項後段））。何故ならば、仮登記担保権者が清算をして目的不動産の所有権を取得すれば、その不動産上に存在する先順位担保権に対して責任を負うからである。それだけでなく、

その他に担保仮登記以前に成立した対抗力ある賃借権（登記した賃借権及び住宅賃貸借保護法によって対抗力が認められる住宅賃借権）がある場合、その保証金も合算して控除しなければならない。

ここで、目的不動産の価額は客観的価額をいうのであり、債権者が実行通知で表示した目的物の評価額が目的物の客観的価額に達していなくても、債務者がそれを争わない場合には、債権者が通知した評価額によつて清算金額が決められる。

そして、債権者が通知した目的物の評価額が客観的価額を超過する時にも、債権者は実際の清算金が通知した清算金に達していないということを主張することができない（（九条））。即ち、債権者は自らが通知した評価額の拘束を受ける。

（四）清算金請求権者

仮登記担保権の設定者、第三取得者、後順位権利者が、清算金請求権者である。しかし、その他に担保仮登記後に成立した対抗力ある賃借権者も、清算金の範囲内で保証金の返還を請求することができる。詳細は次の様である。

第一に、「債務者など」が、清算金の請求権者である（（仮担法四項））。即ち、仮登記担保権の設定者である債務者と物上保証人、又は担保仮登記後にこれらから目的不動産の所有権を取得した第三者である（（二条二項））。第三取得者は、仮登記担保権の負担がある目的不動産の所有権取得者といえるので、これを清算金請求権者としたのである。

第二に、後順位権利者である（仮担保法（五条））。ここでいう後順位権利者は、担保権者を示す（仮担保法（二条五項））。仮登記担保法二条五項には含まれていないが、住宅賃貸借保護法（三条）の二の規定によつて認められている住宅賃貸借契約書に確定日付を受けた場合、賃借人は賃借保証金（未登記傳賃における傳賃金を含む）全額について後順位抵当権者より優先して弁済を受けることができるので、この様な要件を具備した賃借人も後順位権利者に含まれるといわなければならないだろう。

これらは、目的不動産の価値から、先順位の仮登記担保権が把握した担保価値を控除した残額を、その順位によつて支配しているといえる。したがつて、仮登記担保権者の所有権取得により後順位権利者らの権利は消滅するので、清算金請求権者にしたのである。

しかし、この後順位権利者らは、必ず清算金からその優先順位によつて自己の債権の満足を得なければならないのではなく、望む場合には（特に清算金の評価額が不当に低く評価されている場合）、清算期間内に限つて、その被担保債権の弁済期が倒来していないとしても、目的不動産の競売を請求することができる（仮担保法（二条二項））。そして、先順位担保権者を清算金請求権者から除いたのは、仮登記担保権者が権利主張により目的物の所有権を取得しても先順位担保権は消滅せず、その目的不動産上にそのまま存続するようになるからである（五六）。

第三に、担保仮登記後に成立した対抗力ある賃借権を取得し

た者には、積極的に清算金請求権が認められないが、その代わり目的不動産を取得した債権者に対する関係では、清算金の範囲内で賃借人の賃借保証金支給義務と賃借人の目的物引渡義務間に同時履行の関係を認めることで、賃借人の権利を保護している（仮担保法（五条五項））。その主旨は、仮登記担保権者が仮登記に基づいて所有権移転の本登記をして目的物の所有権を取得すれば、たとえ対抗力があつても担保仮登記後に成立した賃借権は消滅するので、特に対抗力ある賃借権者に保証金の返還を保証するものである。しかし、その保証金の返還保証は清算金の範囲内に限られるので、清算金として保証金の返還が完全ではない場合には、その不足分は賃借人に対する債権として残るようになる。住宅賃借人び商街建物賃借人の保証金中の一定額は、後順位権利者の被担保債権よりも優先して弁済される（住宅賃貸借保護法（八条））。

（一）二条（商街建物賃貸借保護法（四））
上のような、清算金請求権者の中で、後順位権利者と対抗力を持っている賃借権者に関しては、彼らの請求手続及び請求権行使の機会を確保するための措置として、仮登記担保法は次のように規定している。

(7) 債務者など以外の権利者に対する通知
仮登記担保権者が、自己の仮登記担保権を実行する場合、その意思を通知しなければならない（仮担保法（六条））。

(a) 通知の相手方（原文のまま（相手方））

通知の相手方は、仮登記担保法（三条）一項による実行通知が債

務者などに到達した時点に存在する後順位権利者及び担保仮登記後に成立した対抗力を具備する賃借権者である（仮担保法六条一項及び二項）。

(b) 通知事項

仮登記担保法三条一項の実行通知をした事実、実行通知の内容、実行通知の債務者などへの到達日である（仮担保法六条一項）。しかし、賃借権者に対する通知には、実行通知をした事実と仮登記担保権者の債権額のみ通知すれば良い（仮担保法六条二項）。

(c) 通知時期

通知時期は、実行通知が債務者などに到達した時から「直ちに」しなければならない（仮担保法六条一項、二項）。

(d) 通知場所

後順位権利者及び第三者に対する通知は、通知を受ける者の登記簿上の住所で発送すること効力が発生する。しかし、対抗力ある賃借権者に対する通知は、目的不動産の所在地に発送すれば良い（仮担保法六条三項）。

(i) 清算金支給に関する処分制限

(a) 清算金支払請求権者である債務者などは、清算期間が経過する前には清算金請求権を処分することができず、処分をしても、それを持って後順位権利者に対抗することができない（仮担保法七条一項）。

この処分には、譲渡は勿論、入質、免除、抛棄、相計などの総ての処分行為が含まれる。名文の規定はないが、対抗力ある賃借権者に対しても、やはり清算金の処分を持って対抗するこ

とができないと解することが妥当であろう。

(b) 債権者も、後順位権利者に六条の通知をせずに債務者などに清算金を返済しても、同様に後順位権利者に対抗することができない（仮担保法七条二項）。やはり、対抗力ある賃借権者にも対抗することができないとなるだろう。

そして、一部の者に対してだけ通知をしない場合には、その者に対してだけ清算金を持って対抗することができないとしなければならないだろう。

(ウ) 後順位権利者の権利行使

(a) 後順位権利者は、清算期間が経過した後、清算金が債務者に支払われる前に、三条一項の実行通知の際に、債権者が通知した清算額の範囲内で優先順位に従って自己の債権の明細と証書を提示して、弁済を債権者に請求することができるし、債権者は後順位権利者のこの様な弁済請求がある場合は、これを支給しなければならない（仮担保法五条一項、二項）。

債権者が、上の明細と証書を受取り後順位権利者に清算金を支給した時には、その範囲内で清算金債務は消滅する（仮担保法五条三項）。

(b) 後順位権利者が清算金から自己の債権の優先弁済を受けることを阻止しようとする者は、予め清算金を差押又は仮差押しなければならない（仮担保法五条四項）。

(c) 担保仮登記後に対抗力ある賃借権を取得した者には、清算金の範囲内で目的物の返還債務と保証金返還債務間に同時履行の抗弁権が認められる（仮担保法五条五項）。したがって、目的物（即ち

賃借物)の返還と償還で保証金の返還を請求することができる。

(エ) 清算金の供託

(a) 債務者の一般債権者が、債務者の清算金請求権を差押又は仮差押した場合には、第三債務者である債権者は債務者へ清算金の支払が禁止され、また債務者は清算金を推尋(原文のまま)して領収(原文のまま)することが禁止される(民訴法二七条一項)。そのようになると債権者は、清算金を債務者に支払って、目的不動産の所有権を取得することができなくなる。そこで、仮登記担保法は、債権者が清算金を供託することで、その限度で債務を免れ所有権を取得するようにして債権者の権利を保護している(仮担保法八条一項)。この場合、供託は、清算期間経過後、債務履行地を管轄する地方裁判所又は支院にする(仮担保法八条一項)。

(b) 清算金が供託された場合には、債務者などの供託金出給請求権(原文のまま)が差押又は仮差押されたとみるので、差押債権者などの利益の保護も図っている(仮担保法八条一項)。

(c) 債権者が清算金を供託した場合には、債務者などと差押債権者又は仮差押債権者に直ちに供託の通知をしなければならぬ(仮担保法八条四項)。

(d) 債権者は、担保仮登記の対象になった不動産に対して、競売開始決定がある場合(仮担保法四条)を除き供託金の回収を請求することができない(仮担保法八条三項)。それは、競売開始が決まった場合には、債権者は、目的不動産の所有権を取得することができないからである。

三 所有権取得

仮登記担保権者は、実行通知をして清算期間が経過した後、清算金を支払うようになれば、担保仮登記に基づいて所有権移転の本登記をすることで、目的不動産の所有権を取得する。この様な手続を経ずに担保仮登記に基づいて本登記が成立した場合、その本登記は無効であり、弱い意味の譲渡担保としても無効である(大判二〇二二)。

(一) 目的不動産の価額が債権額を越えず清算金がない場合には、仮登記担保権者は、清算期間が経過した後直ちに仮登記に基づく本登記を請求することができる(仮担保法四条二項)。所有権取得時期は、所有権移転の本登記をした時点である。

(二) 目的不動産の価額が債権額を超過して清算金がある場合には、仮登記担保権者は、清算期間が経過した後清算金をその請求権者に支払って清算するか、又は清算金を供託して、仮登記に基づく本登記を請求することができる。この際、債権者の清算金支払義務と債務者などの不動産の所有権移転登記及び引渡義務とは、同時履行の關係になる(仮担保法四条三項、民法五三六条)。

この場合、もちろん債権者の所有権取得時期は、清算金の支払と償還で所有権移転の本登記をした時点である。

(三) 仮登記担保法四条二項と三項に違反する特約として、債務者などに不利な約定は、その効力がない。しかし、清算期間経過後にした特約は、第三者の権利を害しないものなら有効である(仮担保法四条四項)。

四 法定地上権

(一) 仮登記担保法一〇条は、土地又はその上の建物が同一の持主に属する場合、土地又は建物のどちらか一方に仮登記担保権が設定されて、それが実行されて仮登記担保法四条二項の規定によって所有権が取得され、あるいは担保仮登記に基づく本登記が行われたときは、建物のために地上権が設定されたこととみなすと規定して、法定地上権を認めている。

仮登記担保法一〇条が、民法三六六条とは異なり、土地又は建物の一方にだけ仮登記担保権を設定した場合を規定したことは、土地、建物の両方に仮登記担保権が設定されて権利取得による実行が成立すれば、競売によるのとは違い、常に債権者が土地と建物の所有権を取得するので、建物のために法定地上権を認める必要がないことを予想して立法されたと考えられる。

しかし、土地と建物全部に対して仮登記担保権を設定して、その内のどれか一つに対してだけ権利取得の方法による実行をする、あるいは土地と建物をそれぞれ異なる債権者に仮登記担保権を設定し、それらのそれぞれが権利取得の方法による実行をし、土地と建物の所有者が異なるようになった場合にも、法定地上権を認めなければならない。したがって、仮登記担保法一〇条は民法三六六条と内容に改正する必要がある。そして、土地と建物全部に仮登記担保権が設定され、競売によって実行されて、土地と建物の所有者がそれぞれ異なるようになった場合には、民法三六六条が類推適用されると解釈しなければなら

ないだろう。

(二) 仮登記担保法の規定によって認められる法定地上権の存続期間及び地料は、当事者の請求によって法院（原文のまま）が決める（（仮担保法一〇条））。

五 債務者などの仮登記抹消請求権

(一) 仮登記担保法第一条と仮登記抹消請求権

仮登記担保法第一条は、債務者などの所有権移転登記抹消請求に関して規定している。即ち、債務者などは、清算金を支払ってもらうまで、その債務額（弁済の時までの利子と損害金（遅延賠償金）を含む）を債権者に支払って、その債権担保の目的を果した所有権移転登記の抹消を請求することができる（（仮担保法一条本文））。

本条は、債権担保の目的で所有権移転登記をした譲渡担保に関する規定であり、仮登記担保権における仮登記抹消請求権に関する規定ではない。しかし、仮登記担保においても、債務者などが債務を返済したら、仮登記抹消請求ができるといわなければならないだろう。したがって、仮登記担保法第一条は、仮登記担保にも類推適用されると解釈しなければならないだろう（（郭六八二））。

(二) 仮登記抹消請求権者

債務者などである。即ち、債務者、物上保証人、又はこれから担保仮登記後に所有権を取得した第三取得者である。

(三) 仮登記抹消請求権の法的性質

債務者などは所有権に基づいて仮登記抹消請求権を持つので、

この請求権は物権的請求権の性質を持つ。

(四) 行使期間

(7) 仮登記抹消請求権は、債権者が清算金を支払うまで行使することができる。清算金の支払（弁済）に限らず、供託・相計などによって清算金請求権が消滅するまで、行使することができる。清算金がない場合には、債権者が仮登記に基づいて本登記をしない間に債務者などは債権額を提供して、仮登記の抹消を請求することができる（郭六六一、郭八八二）。

(1) 債務者などが清算金を支払ってもらうことができなかったとしても、債務の弁済期から一〇年が経過した場合、仮登記担保法一条但書前段の規定によって、債務者などは仮登記の抹消を請求することができないという見解がある（郭六六一、郭八八二）。

しかし、この様な主張は間違っていると考えられる。何故ならば、債務の弁済期から一〇年が経過した場合、まず、債権者が仮登記担保権の被担保債権を一〇年間行使しないときは、この時点で債権が消滅時効の完成によって消滅するので、担保仮登記は無効な仮登記になるからである。したがって、債務者などは無効である担保仮登記の抹消を請求することができるといわなければならないだろう。次に、債務の弁済期から一〇年が経過したが、時効の中断又は停止事由によって消滅時効が完成されなかったときは、債務者などは債権額を提供して仮登記の抹消を請求することができるといわなければならないだろう。したがって、仮登記担保法一条但書前段は、仮登記担保には

適用されないと解される。

(五) 善意の第三者への処分

(7) 仮登記担保権者は、実行通知をして清算期間が経過した後、清算金を支給して仮登記に基づいて本登記をすることで、目的物の所有権を取得することができる。したがって、清算期間が経過したとしても、清算金を支払わなければ、仮登記に基づいて本登記ができない。それだけでなく、清算金を支払わなかったにも拘らず、変則的に仮登記担保権者が予め本登記に係る書類を交付され、あるいは提訴前和解に基づいて本登記をしたとしても、債権者は、目的物の所有権を取得することができない。即ち、清算をしないで仮登記によって本登記をしたとしても、その本登記は無効である。したがって、債権者、即ち仮登記担保権者は、所有権を取得することができないといわなければならない。

ところで、この様な理論を徹底的に貫徹すれば、清算金の支払がない又は初めから清算手続を経ることなく仮登記に基づいて所有権移転の本登記をした仮登記担保権者が、自己名義で所有権移転登記になっている点を利用して善意の第三者に転売して、その善意の第三者に所有権移転登記をした場合には、その善意の第三者が所有権を取得することができなくなり、取引の安全が問題となる。この様な善意の第三者の保護のため、仮登記担保法一条但書後段の類推適用によって、善意の第三者が所有権を取得すれば、仮登記抹消請求権を行使することができる。

ないといわなければならない。

(4)ところで、この様に善意の第三者が所有権を取得した場合、仮登記の抹消を請求することができないのならば、結局、登記に公信力を認めることになる。即ち、仮登記担保権者名義で果された所有権移転の本登記は無効な登記であるにも拘らず、第三者がその仮登記担保権者名義の登記を信頼してその不動産を買収して自己名義で所有権移転登記をすれば、その善意の第三者が所有権を取得するということは、結局、登記に公信力を認めているのだ。

しかし、韓国では登記の公信力を認めないということが学説と判例の態度である。そして、仮登記担保法——一条担保後段の立法に疑問を申し立てる見解がある(郭六二、張九三)。

この様な疑問の中立に対して、仮登記担保法——一条担保後段は、登記の公信力に関わる問題ではなく、その前提である所有権移転登記の原因である取引関係が担保なのか担保でないかに関し、善意か悪意かの可否をいうことだと主張がある(黄三)。即ち、善意の第三者が、その前者の所有権移転の本登記の基礎である仮登記を、請求権保全の仮登記と分かったか担保仮登記と分かったのかによって、前者で信じて取得したら善意、後者で信じて取得したら悪意というのである。したがって、担保仮登記であったが請求権保全の仮登記と信じて取得して所有権移転登記をした場合、その第三者は、善意者として保護を受けるというのだ。したがって、債務者などの仮登記抹消請求

権は消滅するというのである。

思うに、仮登記担保権が清算金を支払わなくても、担保仮登記に基づいて所有権移転の本登記をしても、その仮登記担保権者は所有権を取得することはできず、担保目的の担保権を取得するだけである。それは、債権担保のために所有権移転の本登記をした譲渡担保権者も、清算期間経過後、清算金の支払があるまでは所有権を取得することができないという仮登記担保法四条二項の前後に照らしてみると当然である。

したがって、仮登記担保権者が清算金を支給しないで仮登記に基づいて所有権移転の本登記をしても、所有権を取得することができない。即ち、その所有権移転の本登記は、担保権登記としては有効だが、所有権移転登記としては無効である。したがって、所有権移転の本登記をした仮登記担保権者は、その不動産の処分権能がないし、処分に関する限り無権利者である。わが国では、無権利者からの不動産所有権の取得が認められない。例えば、その取得者が善意だといっても、無権利者からは不動産の所有権を取得することができない。それは、登記に公信力が認められないからである。それにも拘らず、仮登記担保権者が清算金を支払わなくても、仮登記に基づいて所有権移転の本登記をして、そこから転得した善意の第三者が保護を受けるということは、直ちに登記に公信力を認めた結果になる。したがって、仮登記担保法——一条担保後段は立法上問題点がないということができない。

この様な問題が起こるようになった原因は、仮登記担保法で提訴前和解の効力に関する制限規定を置かない点と、登記形式において請求権保全の仮登記と担保仮登記に全く差異がないという点にある。したがって、仮登記担保において、この二つの問題点が解決されなければ、仮登記担保法本来の趣旨を充分に生かしていきにくいだろう。

III 競売による実行

仮登記担保権者は、権利取得による実行をせずに目的不動産の競売を請求することができる（（仮担保法一二）（条一項前段））。そして、売却代金から自己の債権の優先弁済を受けることができる（（仮担保法一二）（条一項後段））。競売による実行においては、仮登記担保権は抵当権とみられる。ここで、抵当権でみられるという意味は、担保仮登記が登記されたときに抵当権設定登記があったと法律上扱われるという意味である。したがって、担保仮登記が設定されたときを基準にして、仮登記担保権の優先順位を決めることになる。即ち、競売される目的不動産上に設定された抵当権、伝賃権、他の仮登記担保権との優先順位決定においては、担保仮登記時を基準に決するようになる。その他に、競売手続については抵当権の場合と同様である。

そして、競売による実行方法以外の処分清算型の仮登記担保権の実行は、仮登記担保法では許容されていない（（大判）（二〇二）（四一三））。

IV 後順位権利者の競売請求と仮登記担保権者の配当参加

仮登記担保の目的物は、他の権利者等による競売申立によっても競売手続が開始され得る。即ち、目的物の上に抵当権や伝賃権又は仮登記担保権が設定されていれば、彼等は自己の担保権の実行のための競売を申立てることができる。

ところで、仮登記担保法一二条二項は、後順位権利者は清算期間内に限ってその被担保債権の弁済期到来の前でも目的不動産の競売を求めることができると規定するから、仮登記担保の目的物が他の権利者等によつて競売に付され場合、仮登記担保権者の地位は次の三点で検討して見る必要がある。第一に、他の権利者等によつて開始された競売手続に仮登記担保権者が参加して配当を受けることができるかという点、第二に仮に配当を受けることができるかとする点、その参加手続はどの様であるかという点、第三に後順位権利者によつて競売手続が開始された場合、仮登記担保権者はその手続によつてのみ自己の債権の満足を得なければならぬか、という点である。以上の三点を順に詳細にみていく。

[1] 配当参加の問題

(一)他の権利者の申立によつて開始された競売手続に、仮登記担保権者も参加することができる。それは、仮登記担保権者も競売申立権があるので第三者によつて開始された競売手続に参加して自己の債権の満足を得ることが妥当であり、また仮に仮登記担保権者の配当参加が認められないなら、後順位権利者に

よる競売手続は仮登記よってひっくり返る結果になり、競売手続の安定を害するようになるからである。

(二)そして、仮登記担保法は、担保仮登記が登記された不動産に対して他の債権者による競売が開始された場合、仮登記担保権者は、他の債権者より自己の債権の優先弁済を受ける権利があるとするので、仮登記担保権者の配当参加を認めている(仮担保法一、三条前段)。

(三)そして、仮登記担保権が設定された不動産に関して競売が行われた場合、仮登記は、その不動産の売却によつて消滅する(仮担保法一五)。したがって、目的不動産に関して競売が行われた場合、仮登記は、ただ配当参加の方法だけで債権の満足を得ることができるとができる。

〔II〕 配当参加手続(競売に関する特則)

他の債権者による競売手続に仮登記担保権者が配当参加することができ、その参加手続については、若干の特則がある。何故ならば、担保仮登記は、登記簿上の記載だけでは請求権保全の仮登記と全く区別されていないので、抵当権と一緒に法院が職権で仮登記担保権者を配当に参加させることができないからである。

一 債権申告の催告

所有権移転のための仮登記がある不動産に関して競売開始決定がなされた場合、法院は、仮登記権利者に対して、その仮登

記が担保仮登記の場合にはその内容及び債権(利子、その他の付随的債権を含む)の存否、原因及び数額(原文のまま)を、担保仮登記でない場合にはその内容を、それぞれ競売法院に申告することを催告しなければならない(仮担保法一六)。そして、債権申告をした仮登記担保権者だけが、配当を受けることができる(仮担保法一六、二項)。

二 債権申告の效力

差押登記の前に設定した仮登記担保権が目的物の売却によつて消滅する場合には、債権申告をしたときに限って、その仮登記担保権者は売却代金の配当又は弁済金の交付を受けることができる(仮担保法一六)。この場合、その担保仮登記の抹消は、民事執行法一四四条一項二号の規定を準用する(仮担保法一六、二項後段)。

三 仮登記担保権者の地位

他の権利者による競売手続において、仮登記担保権者は利害関係人とみられる(仮担保法一六、三項)。

〔III〕 後順位担保権者の競売における仮登記担保権者の地位

先順位担保権者による競売がある場合には、仮登記担保権者はその競売手続に参加して、先順位担保権者が優先弁済を受けた残余金から配当を受けるようになる。ところで、後順位担保権者が競売を申立てて競売手続が開始された場合には、仮登記担保権者は、第三者異義の訴及びその前提として本登記請求権の訴を提起することができるか、できれば、単に後順位担

保権者の競売手続で配当要求ができるだけなのか、が問題となる。

(一)これに関して、仮登記担保法は、一二条二項で、後順位担保権者は清算期間内に限ってその被担保債権の弁済期到来前でも目的不動産の競売を求めることを認めている。これは、後順位担保権者は、清算金額が評価額に達していなくても、それを争うことができないから（仮担保法六条参照）、評価額に不満がある後順位担保権者に競売申立権を認めて、仮登記担保権者が目的物を取得することを阻止するようにするためである。

(二)そして、仮登記担保法一四条では、仮登記担保権者が清算金を支払う前（清算金がない場合には清算期間の経過の前）に後順位担保権者が競売を申立てた場合には、仮登記担保権者は、その仮登記に基づいて本登記を請求できないように規定している。

したがって、後順位担保権者の申立で競売手続が開始された場合には、仮登記担保権者はその競売手続で優先弁済を受けることができるだけである。したがって、後順位担保権者の申し込みによって開始された競売手続が、その前に着手された仮登記担保権者による権利取得による実行より優先する。さらに正確に表現すれば、仮登記担保権者の清算金支払と後順位担保権者の競売申立の内で早い方を優先させる。

第四款 仮登記担保権の消滅

I 所有権移転による消滅

仮登記担保権者の権利取得による実行によって、目的物の所有権が仮登記担保権者に移転した場合、仮登記担保権は、消滅する。

II 競売による消滅

仮登記担保の目的物に関して競売が行われた場合、その不動産の売却によって仮登記担保権は消滅する（仮担保法一五条）。

III その他原因による消滅

債務の弁済、目的物の滅失によって、仮登記担保権は消滅する。また、仮登記担保権だけが独立して消滅時効にかからないが、その被担保債権の消滅時効が完成すれば、仮登記担保権は附従性によって消滅する。

第三節 譲渡担保

第一款 序説

I 譲渡担保の意義、作用及び法律的構成

[1] 意義

広く譲渡担保 (Sicherungsübereignung) というのは、債権担保のために品物の所有権（総てのその他の財産権）をみかけ外観上、債権者に移転し、債務者が債務を履行しない場合に

は、債権者がその目的物の所有権を確定的に取得し、債務者が債務を履行すれば、その目的物を所有者に返還する形式による非典型担保である。この様に、広い意味における譲渡担保は、所有権移転の原因となる金銭授受の形によって、二つの類型に分けられる。

(一)一つは、売買代金の形式で金銭が授受される場合として、融資を受けようとする担保の目的物を売却し、決まった期間内に売買代金を返還することで、所有権を回復することができる形式を採る場合 (Sicherungskauf) である。

この様に、信用の授受を、消費貸借ではなく売買の形式で行って、当事者の間に他の債権、債務関係を残さないものである。この様な形式の譲渡担保を売渡担保という。

(二)もう一つは、消費貸借によって金銭が授受されるが、その債権担保のために目的物の所有権を債権者に移転する形式を採る場合である。この様な場合には、信用の授受を債権、債務の形式にするようになる。この様な類型の譲渡担保を狭義の譲渡担保という。

したがって、広い意味における譲渡担保は、売渡担保と狭義の譲渡担保があり、この間の差異は、信用の授受が売買代金の形式で成立つか、でなければ消費貸借によるのかにある。

この様に、売渡担保と狭義の譲渡担保は、理論的に区別されるが、金融取引実務においては、両者が常に厳格に区別されて使われていない。しかし、一般的には狭義の譲渡担保を譲渡担

保だと言っている。

(三)譲渡担保の目的物は、譲渡が可能な財産権なら何でも可能であるが、品物を目的物にすることが一般的である。わが国での譲渡担保制度の利用は、動産抵当を実現するために動産譲渡担保から始まったが、その後、不動産を目的にする譲渡担保が多く利用されている。ところで、今日は不動産を目的にする譲渡担保及びその他の登記、登録によって公示される財産権を目的にする譲渡担保は、総て仮登記担保法の規律を受けるようになった。そして、譲渡担保に関する従来の学説と判例は大きく修正された。そして、動産譲渡担保にも仮登記担保法を類推適用して理論構成することが妥当である。

[II] 社会的作用

一 譲渡担保は、法制史的にみると、ローマ法の信託 (fiducia) に由来している。しかし、今日には、この様な信託の性質を持った譲渡担保はほとんど行われな

い。担保制度の変遷をみれば、どの法系においても、権利そのものを譲渡する形式の譲渡担保が先に発達し、その後占有質を経て無占有質又は抵当という制度が発達してきた。わが国も、既に朝鮮時代に、退賭地売買 (原文のまま) 又は還退 (原文のまま) という担保制度が、譲渡担保に似ているように慣行で行われたし、旧民法下の判例もこれを認めた。

しかし、担保制度が無占有質ないし抵当制度へ変遷したこと

によつて、近代民法典は権利移転形式の譲渡担保制度を担保方法で収容しなくなつた。この様な態度は私たちの民法も同じだつた。

この様に、民法典では権利移転の形式を採る譲渡担保を担保の方法で規定していなかつたが、慣行上では依然として権利移転の形式による譲渡担保が利用されているし、判例もその有効性を認めている。それは、無占有質ないし抵当制度だけでは、金融実務での担保の需要を満たすことができないからだ。

二 正規の担保物権制度が整備されているにも拘らず、変則的な譲渡担保が金融実務で利用されている理由はどこにあるのか。それは次の三点で説明することができるだろう。即ち、動産譲渡抵当の実現、形成過程にある財産権の担保化、及び優先弁済手続の簡易化である。

(一) 動産譲渡抵当の実現

登記・登録によつて公示することができる動産だけが抵当権の目的になることができるのだが、それ以外の動産に対しても、譲渡担保によつて目的物を債権者に移転することなく、設定者が引き続き使用・収益することができるようにすることで、動産抵当と同じ実効を納めることができる。

特に企業用動産の抵当化が強く要求されているにも拘らず、民法上では質権を設定するしかない。この様な企業用動産の抵当化は、譲渡担保によるしかない。そして、譲渡担保制度は、今日の融資のために抵当権を設定する目的物を充分に持つこと

ができない中小企業業者が、その企業施設である動産を自ら占有して利用しながら、これを担保に提供して資金を得る手段として多く利用されている。

(二) 形成過程にある財産権の担保化

新たに形成された財産権（例えば、アパート入居権、ゴルフ会員権など）については、その譲渡の法的手段がその担保の法的手段より先に完備されることが普通だから、譲渡担保は形成過程にある財産権を担保化するのに容易な担保制度である。

そして、未だ財産権として完全に認めることはできないが、形成過程にある権利の担保化に譲渡担保を利用することができる。

(三) 優先弁済手続の簡易化

民法上の質権及び抵当権の実効方法である競売は、手続が煩雑かつ費用が多く必要となり、競売価格も現価に比べて低いことが一般的である。譲渡担保は、目的物の換価方法を当事者が任意に決めることができるから、競売手続による実行の短所を乗越えることができ、目的物が持つ担保価値を充分に評価することができ、さらに多くの資金の融通を受けることができる。

三 譲渡担保は正規の担保物権制度が持つ不備な点を補充する肯定的側面もあるが、一方、この制度は多くの危険性も内在している。譲渡担保は債権担保の目的のために所有権移転の形式を採るから、債務者は、債権者の不誠実によつて目的物を失うおそれがあり、また債務者は、債務弁済において苛酷な条件

を強要される可能性もある。したがって、暴利行為の手段に利用される可能性があるだけでなく、第三者、特に一般債権者を害するおそれも少なくない。

したがって、譲渡担保はその形式は所有権移転によるが実質は債権担保なので、その実質に従って担保物権で構成して規律する必要がある。仮登記担保法も譲渡担保を一つの担保物権で構成して規律している（仮担保法二条一號）ことは非常に適切な措置だと考えられる。

しかし、同法の規律対象になる譲渡担保は、登記や登録によって公示されることができる財産権を目的とする場合に限る（仮担保法二条一號）。それ以外の財産権を目的にする譲渡担保にも、同法を類推適用して、譲渡担保が持つ内在的危険性を合理的に規律しなければならないだろう。

〔Ⅲ〕 譲渡担保の法律構成

譲渡担保は債権担保のために財産権移転の形式を採るので、その法律構成をどの様にするかに関して従来の学説と判例が争ってきたが、仮登記担保法の制定によって、この様な争いを立法的に乗り越えた。したがって、仮登記担保法の制定前と制定後に分けて、法律構成の変遷をみる必要がある。

一 仮登記担保法制定前の法律構成及び規律

仮登記担保法を制定する前には、譲渡担保の法律構成に関して学説と判例が対立していた。多数説と判例は、信託的所有

権移転説を採ったが、少数の学説は、解除条件付所有権移転説、担保物権説を主張した。そして、判例によって譲渡担保の類型が様々に分類された。

譲渡担保に関する正確な理解のためには、学説と判例をよくみて、判例によって形成された譲渡担保の類型を分類し、そして判例によって譲渡担保がどの様に規律されてきたのかを検討することが必要である。

（一） 法律的構成に関する学説及び判例

（ア） 信託的所有権移転説

この説は多数説と判例が採る見解であり、譲渡担保を債権担保のために信託的に所有権を移転すると把握した。即ち、譲渡担保の設定によって目的物の所有権は債権者に移転されるが、債権者は、その所有権を債権担保のための目的の範囲内でのみ行使しなければならない債務を負担するとした。したがって、債権者が取得した所有権は、信託的所有権に過ぎなかった。

この説によれば、債権者は、債権担保の目的を超えて所有権を行使しない義務を負担するが、やはり所有権者なので、債務の弁済期前に目的物を第三者に譲渡すると、譲受人は善意・悪意を問わず目的物の所有権を有効に取得するようになった（大判一九五九・一・一五、一九六二・二・二七、一九六九・一〇・二三、一九七四・二・一〇七）。

また、設定者の一般債権者が目的物を強制執行する場合、債権者は第三者異議の訴を申立てることができた。

しかし、この説は単純で明快だが、譲渡担保が持つ実質的な

面を軽視している点が短所であった。

(イ) 解除条件付の所有権移転説

この説は、債権者は目的物に対する所有権を取得するが、それは債権の弁済を解除条件とするものであり、したがって、弁済期に債務を返済すれば目的物の所有権は譲渡担保の設定者に当然に復帰するとした。この場合、不動産が譲渡担保の目的物として所有権移転登記が完了した場合には、債務者が弁済期に債務を返済すれば、抹消登記をせずとも所有権は当然に設定者に復帰するとした。

しかし、この説は、主に売渡担保の場合を対象にしており、後述する様々な類型の譲渡担保に常に適切とはいえない。

(ウ) 制限物権説

この説は、債権者は真正な意味の所有権を取得するのではなく、所有権は依然として譲渡担保の設定者にあつて、債権者は譲渡担保権という特殊な制限物権を取得するだけだとする。即ち、譲渡担保の法律的構成の焦点は、所有権移転と担保物権であるのに、多数説と判例は前者に重点を置いたが、この説は後者に重点をおいていた。そして、債権者が取得する権利は、所有権ではなく制限物権である担保物権とするのであった。仮登記担保法は、この学説に則して譲渡担保を規律している。

(二) 譲渡担保の類型

(ア) 対外的移転型、対内・外的移転型

前者(対外的移転型)は、譲渡担保目的物の所有権は、第三

者に対する外部関係では債権者に移転し、当事者の間の対内関係では設定者に留保される類型の譲渡担保であった。しかし、後者(対内・外的移転型)は目的物の所有権が対内関係においても対外関係においても、債権者に移転する譲渡担保であった。

(イ) 弱い譲渡担保、強い譲渡担保

上の対外的移転型、対内・外的移転型の概念が適切ではないとして使われた用語であり、上の対外的移転型が弱い譲渡担保、対内・外的移転型が強い譲渡担保であった。

(ウ) 流担保型(無清算型)、清算型

債務不履行の場合、目的物の価額で元利金に充当して、清算の必要がない類型の譲渡担保が流担保型であった。流担保型においては、目的物の価額を元利金に充てて余剰があつても、その余剰を設定者に返還しなかった。

これに対して、清算を要する譲渡担保が清算型であった。清算型については、目的物の価額を元利金に充てて、余剰があればそれを設定者に返還していた。

(三) 判例による譲渡担保の規律の変遷

(ア) 朝鮮高等法院の判例

朝鮮高等法院時代の判例は、譲渡担保を信託的所有権譲渡とした。この場合、所有権の移転は対外的のみで移転すること、対内・外的とも移転するものもあるが、原則的に対外的移転型で推定した(○朝高判一九二〇。○朝高判一九二二)。

また、流担保の特約をすることは構わない(○朝高判一九二二)が、

ただその流担保特約が社会秩序に違反する場合には、その流担保特約だけが無効であり、譲渡担保契約までも無効になるのではないとした（朝高判一九二〇・一八・五・四）。

以上でみたように、朝鮮高等法院時代には、譲渡担保は対外的移転型と対内・外的移転型があり、また清算型と流担保型があり、流担保の特約がなければ清算型と認められるのが判例だったといえる。

(イ) 旧民法時代の大法院判例

旧民法時代の最高裁判所判例も、朝鮮高等法院の判例を受け継いで、対外的移転型を原則的として一般的にはこれを推定した（大判一九五五・三・三一）。また、清算型が原則（大判一九五五・一〇・六）だが、暴利で社会秩序に違反しない限り、流担保型も有効であったとした（大判一九五五・一〇・三・三、一九五五・一〇・四、一九五五・九・一〇五）。

(ウ) 現行民法施行後の大法院判例

(a) 現行民法施行後の初期の判例は、旧民法時代の判例とほとんど異ならなかった。即ち、譲渡担保を対外的移転型と対内・外的移転型で分け、対外的移転型を原則にした（大判一九六〇・一二・二七）。また、清算型だけではなく、流担保型も暴利行為にならない限り有効とした（大判一九六二）。特に、この時期には、譲渡担保に民法六〇七条・六〇八条を適用しなかった（大判一九六二・二・二）。

そして、対外的移転型、対内・外的移転型という用語の代りに、弱い譲渡担保、強い譲渡担保という用語が使われた（大判一九六〇・

一一〇・一三、一九六二・四）。

(b) その後、譲渡担保に対する最高裁判所判例が移っていった。それは、譲渡担保にも、民法六〇七条及び六〇八条を適用するようになることで起こった。

既に論じた様に、民法施行初期には民法六〇七条・六〇八条は譲渡担保には適用がないとしたが、判例は後に態度を変え、これらの規定は清算を要しない、いわゆる流担保型譲渡担保にも適用されると判示した（大判一九六六・四・六、一九六六・九・二〇）。そして、流担保の特約がある譲渡担保も、その特約は六〇七条・六〇八条によって無効であり、したがって、その様な特約がない普通の譲渡担保、即ち清算型として有効なだけであるとした（第六六）。

二 仮登記担保法制定後の法律的構成

(一) 仮登記担保法の制定により、今日では、従来の多数説と判例の立場だった信託的所有権移転説は譲渡担保の法律的構成として適切ではなくなった。

その理由は、既に仮登記担保法一条において債権担保のために所有権移転の本登記をした場合にも同法が適用されるとすること、同法が仮登記担保だけに適用されるのではなく譲渡担保・売渡担保にも適用されることを明らかにし、その他にも同法二条一号で担保契約に譲渡担保契約を含ませ、四条二項で譲渡担保によって所有権移転登記をしても清算期間経過後清算金をその請求権者に支払った後に所有権を取得する、と規定して

いるからである。

そして、国税基本法四二条及び地方税法三六条によると、滞納者が債権者に譲渡担保の目的物として譲渡した財産から、租税を徴収することができると規定している。その意味は、譲渡担保設定により債権者に所有権が移転されたが、目的物の交換価値の一部を把握するに過ぎないとみているといえる（金谷六三三、四三三）。

(二)以上でみたように、譲渡担保は、目的物の所有権を債権者に移転する形式を採るが、その実質は債権担保にあるので、債権者は債権額の範囲内で目的物の価値を支配するだけであり、目的物の剰余価値は依然として設定者に帰属していると考えなければならない。

したがって、譲渡担保の設定によって、債権者は目的物の所有権を取得するのではなく、譲渡担保権という一種の担保権を取得するだけであり、設定者は所有権から譲渡担保権を除いた権利を持つと法律的構成をしなければならない。即ち、債権者は譲渡担保の設定によって、制限物権である譲渡担保権を取得するのであり、その譲渡担保権は仮登記担保権と同じく特殊な抵当権と理解する必要があるだろう。仮登記担保法は、既に制限物権説の立場で譲渡担保を規律している。

そして、判例もその後は制限物権説に則している（大判一九九〇・一九九一）。特に、判例は、譲渡担保権者に和議法上別除権を持つと判示し（大判二〇〇二）、また譲渡担保権が設定された不動産の賃貸権原は譲渡担保権設定者にあると判示している（大判二〇〇一）。

二二）。

(三)譲渡担保を制限（担保）物権で理論構成をするようになれば、譲渡担保権者は単純な担保権者に過ぎないので、譲渡担保権者が債務の弁済期の前に目的物を第三者に譲渡した場合、善意の譲受人は所有権を取得するが（仮担保法一一）、悪意の譲受人は所有権を取得することができず、設定者はその悪意の第三者に対して譲渡担保関係を主張し、あるいは取得行為の無効を主張することができる。

そして、譲渡担保権者の一般債権者が目的物を強制執行する場合、設定者は、異議を申立てることができる。この様な結果は、信託的所有権移転説によれば認めることができない。

(四)仮登記担保法が制限物権説に即して規定しているし、判例も同じ様な立場を採っているにも拘らず、譲渡担保を依然として信託的所有権移転説に即して説明する見解（八八三）もある。

第二款 譲渡担保権の設定

譲渡担保権は、その設定を目的とする譲渡担保契約と、目的物の権利移転に必要な公示方法を具備することで成立する。

I 譲渡担保設定契約

(一)譲渡担保設定契約は、債権担保を目的に、債務者又は第三者（物上保証人）の特定の財産権を債権者に譲渡して、債務者の債務不履行の場合にその財産権から債権の弁済を受けるという内容の債権者と債務者又は第三者（物上保証人）の間の契約

物権だが、所有権移転の形式によるので、動産所有権移転のための引渡し方法の総てが譲渡担保権の設定に認められるといわなければならない。そうすると、動産の譲渡担保においては、いわゆる譲渡質ではなく譲渡抵当も認められる。判例は、占有改定の方法で二重の譲渡担保権設定も認めている（大判二六三）。

二 不動産の場合

譲渡担保の目的物が不動産の場合、その登記を具備しなければならない（民一八六）。所有権移転登記をする場合、その登記原因を何で記載するのが問題となる。現在、慣行上では「売買」を登記原因として登記するのが一般的である。

そうすると、登記だけをもって、それが真正な所有権移転の登記なのか、譲渡担保権の設定のための登記かが、区別できない。学説には、譲渡担保を解除条件付所有権譲渡で法的構成し、不動産登記法四三条の二によって、譲渡担保を登記原因として記載することができるという主張もある（金會四五九）。

譲渡担保権の一つの制限（担保物権で法的構成をしながら、登記原因を売買で記載したら、その登記は、実体関係と符合しない不実登記になる）。

思うに、譲渡担保権は一つの担保物権なので、譲渡担保設定契約を登記原因で記載するようになければならないはずであるし、同時に被担保債権に關しても（即ち債権額、債務者、弁済期、利子など）登記するようになければならぬだろう。

（郭六八八・金六三六）。

三 その他の場合

譲渡担保の目的が債権その他の財産権の場合、その権利の移転に必要な公示方法を具備しなければならない。しかし、指名債権が譲渡担保の目的の場合、当事者の間の譲渡担保契約だけで譲渡担保権が設定される（郭六八八・金六三六・張九〇六）。何故ならば、指名債権譲渡の通知や承諾は、債権譲渡の成立要件ではなく對抗要件だからである（民四五〇、四五一条）。

第三款 譲渡担保権の対内的效力

I 譲渡担保権の效力が及ぶ範囲

〔I〕 被担保債権の範囲

譲渡担保権の被担保債権の範囲は、抵当権のそれに関する民法三六〇条が適用される（仮担法三二項）。したがって、元本、利子、違約金、債務不履行による損害賠償、実行費用が、被担保債権に含まれる（民三六〇）。債務不履行による遅延賠償は、元本の履行期を経過した一年分に限る（民三六〇）。

〔II〕 目的物の範囲

抵当権と同じく、設定契約で特別の定めがなければ、附合物、従物に及ぶ（民三五八条）。

〔III〕 物上代位

譲渡担保権は一種の担保物権なので、当然に物上代位性有する。しかし、譲渡担保権においては形式上の所有権が譲渡担保権者に帰属しているから、目的物に代る代表物を支払又は引渡し前に差押える必要はない。したがって、物上代位に関する民法三四二条本文は、類推適用できるが、但書は適用がなくなる。

II 目的物の利用関係

[I] 目的物の占有と利用

目的物の占有又は利用をどうするのかは、譲渡担保の要素ではない。即ち、目的物の占有又は利用は当事者の間の合意によって決まることであり、そのものが譲渡担保の性質に影響を与えるのではない。

占有又は利用を譲渡担保権者に移転することは、質権制度によっても果たすことができる。したがって、譲渡担保権設定者に目的物を引続き占有又は利用させることが譲渡担保制度の本来の作用といえ、合目的である。実際においても、この様な形態を採るのが一般的である。したがって、反対の特約がない限り、設定者が目的物を占有・利用する権限を持つと解釈することが妥当である。

[II] 利用関係の法的構成

(一) 譲渡担保において、債権者（譲渡担保権者）は債権額の範

囲内で目的物の価値を支配するだけで、目的物の残存価値、即ち所有権から譲渡担保権を除いた価値は設定者に残っている。では、譲渡担保権設定者が目的物を長期に使用する場合の法律関係はどうなるか。これに関して、譲渡担保権の設定で融資をする場合、利息付消費貸借のときは使用貸借で、融資を売買代金支払の形式にするときは賃貸借で理解している（郭六九〇、金容六三八、張九〇七）が、その様に解すべきではないと思われる。何故ならば、譲渡担保権は、例え所有権移転の形式を採るといっても、あくまでも担保物権に過ぎないので、所有権は相変らず設定者に残っている。設定者の目的物の利用は所有権によるのである。

(二) したがって、目的物の利用のために支出した費用は、当然に設定者が負担する。また、目的物に対する公租・公課・保険料なども総て設定者が負担し、債権者（譲渡担保権者）が代わりに支給した場合には債務者にその返還を請求することができる。

(三) 譲渡担保権者が目的物を使用・収益する場合、譲渡担保権を一種の収益質として、使用・収益に必要な費用は譲渡担保権者が負担し、収益は先に利子に充当し、残額があれば元本に充当されるといわなければならない。

III 利用者の目的物保管義務

[I] 譲渡担保権者の義務

譲渡担保権者は、設定者から移転を受けた目的権利を担保目

的の範囲内で行使しなければならない義務がある。したがって、譲渡担保権者が清算手続を経ずに目的物を善意の第三者に処分し（仮担法）、設定者の権利を失うようになる場合には、設定者は債務不履行による損害賠償を請求することができる。そして、この場合の損害賠償額は、結局、債権額と相殺するようになる。

【II】 設定者の義務

設定者が目的物を占有・利用する場合、譲渡担保権者にとつて担保目的を果たせるように目的物を保管・管理する義務を負う。したがって、仮に設定者がこの様な義務に違反して、目的物を不当に処分し、あるいは毀損するようになれば、債務不履行として損害賠償責任を負うことになる。

動産譲渡担保の場合、設定者が占有・利用する目的物を処分し、善意取得の要件が揃えば、第三者は所有権を取得して譲渡担保権者は権利を失う。この場合の賠償額は、被担保債権額である。そして、設定者が目的物を毀損した場合の損害賠償請求権は、残存する目的物の価値が被担保債権額以下になったときにだけ生じ、賠償額は毀損後の目的物の価値と被担保債権額との差額である。

第四款 譲渡担保権の対外的效力

I 弁済期到来前の処分の效力

[1] 譲渡担保権者による処分の效力

一 譲渡担保権の処分

譲渡担保権は、一種の担保物権だから処分することができる。この場合、譲渡担保権は被担保債権と分離して譲渡担保権だけを処分することができない（民三六一）。したがって、譲渡担保権は、被担保債権額とともに譲渡できるだけである。

この様に譲渡担保権の譲渡のためには、譲渡担保権の譲渡のための物権的合意と公示方法（動産の場合には目的物返還請求権を譲渡するとか（譲渡抵当の場合）現実の引渡をしなければならないし（譲渡質の場合）、不動産の場合には移転登記をしなければならない）を具備しなければならないし、また債権譲渡の要件も具備しなければならない。

二 目的物の処分

譲渡担保権者は目的物に関して制限物権である担保物権だけを取得するので、清算金を支払うまでは目的物を処分することができない。しかし、形式上は所有権移転の方式を探るので、譲渡担保権者が自己の所有財産として処分する場合、如何に処理するのが問題とされる。

(一) 目的物が動産である場合、善意の第三者が善意取得の要件を具備すれば、有効に所有権を取得する。

(二) 目的物が不動産である場合、第三者が善意なのか悪意なのかを分けて検討する必要がある。

(7) 譲受人が善意の場合

譲渡担保権の設定によって所有権移転の登記をしても、譲渡

担保権者は、清算金を支払うまでは、所有権を取得することはできない。したがって、債務者などは清算金を受けるまでは、債務額を債権者に支払って、その債権の担保のためになされた所有権移転登記の抹消を請求することができる（（仮担保法））。

しかし、善意の第三者が所有権を取得した場合には、抹消登記を請求することができない（（仮担保法））。したがって、不動産を目的とする譲渡担保において、債権者が清算金を支払う前に目的不動産を処分して譲受人名義で所有権移転登記が完了し、譲受人が善意である場合には、確定的に当該目的不動産の所有権を取得するようになる。

この様な仮登記担保法（（仮担保法））は取引安全のための規定で、結局、非典型担保において登記の公信力を認めたものだ。登記に公信力を認めないわが国で同条但書後段は、立法上問題点があるということについては既に述べた。

善意の譲受人が所有権を取得した場合、設定者は譲渡担保権者に対して不法行為による損害賠償や清算金の請求ができる。

立法論的には、善意の第三者が譲渡担保の目的物を取得したといっても、決まった期間内には債務者が債務額と利子その他費用をその善意の第三者に支払って返還を請求するようにできることが妥当なことと考えられる。

(4) 譲受人が善意の場合

譲受人が善意である場合には二つの解決方法を講ずることができるだろう。第一は、設定者は譲渡担保権者の処分行為の無効を主張し、譲受人名義への所有権移転登記の抹消を請求する方法であり、第二は、その処分行為の無効を主張しないで譲渡担保権の譲受を主張し、設定者は債権額を提供して目的不動産を回収する方法である（（郭六九五））。

効を主張し、譲受人名義への所有権移転登記の抹消を請求する方法であり、第二は、その処分行為の無効を主張しないで譲渡担保権の譲受を主張し、設定者は債権額を提供して目的不動産を回収する方法である（（郭六九五））。

〔Ⅱ〕 設定者による処分の効果

一 処分の可否

目的物の所有権は相変らず依然として設定者に残っているの
で、設定者は第三者に目的物を処分することができる。しかし、処分が可能なのは、設定者が目的物を占有する動産譲渡担保（即ち、動産譲渡抵当）の場合に限る。この場合、第三者は譲渡担保権の負担がある所有権を取得するだけである。したがって、譲渡担保権者は第三者に対して追及力を持つ。不動産譲渡担保の場合、所有権は設定者に帰属するが、譲渡担保権者名義に移転登記が完了しているから処分することができない。

後順位担保権の設定も、設定者が現実の占有をしている動産譲渡担保（即ち、譲渡抵当）の場合には可能だが、不動産譲渡担保の場合は登記ができないので、実際は不可能である。

二 第三者が取得する権利

動産譲渡担保の場合、設定者が現実の占有をし目的物を処分して、第三者が善意取得の要件を具備すれば、譲受人は譲渡担保の負担がない所有権を取得し、譲渡担保権者はこれに対して追及することができない。

不動産譲渡担保の場合、登記が譲渡担保権者名義で完了しているから、設定者から第三者が目的物を取得することができない。

II 一般債権者との関係

[I] 譲渡担保権者の一般債権者と設定者との関係

一 一般債権者の押留へ原文のまま…差押

(一) 譲渡担保権者の一般債権者が目的物を差押えた場合、設定者は第三者異議の訴を提起することができるだろうか。譲渡担保は一種の担保物権であり、譲渡担保権者は被担保債権の範囲内で目的物の価値を支配しているので、その範囲内では差押債権の受取を肯定しなければならないだろう。だから一般債権者の差押は、譲渡担保権を被担保債権とともに差押えた場合と同一に扱わなければならないだろう(第六九六、九七一)。

この様に理解すれば、差押債権者の地位は、譲渡担保権者のそれと違うことがない。したがって、被担保債権の弁済期が到来した後は、設定者は差押債権者に弁済して譲渡担保権を消滅させた後に、第三者異議の訴を提起することができるというわけなければならないだろう。

(二) 譲渡担保の目的物が動産で、かつ設定者が直接占有をしている場合には、譲渡担保権者の一般債権者がこれに対して差押えをするということは実際には発生しない。実質的にも譲渡担保権者の一般債権者による目的財産の差押は許容しないことが

妥当である。したがって、この場合には、被担保債権と共に譲渡担保権を差押え、又は譲渡担保権者が設定者に対して持つ目的物返還請求権に対する執行手続を採るようになるだろう(第六九六)。

二 譲渡担保権者の破産

破産法八〇条は、破産宣告の前に破産者に財産を譲渡した者は担保の目的であることを理由にその財産を取戻すことができない、と規定することで、設定者の取戻権を否認しているが、この様な規定は譲渡担保を所有権移転説に即して立法したからである。

今後は、譲渡担保権を担保物権説に即して説明しなければならないので、譲渡担保権者の破産によって設定者の地位には変動が生じないから、被担保債権と譲渡担保権が破産財産に属するようになる。したがって、設定者は被担保債権を返済することで目的物を取戻すことができると解することが妥当である(第六九七)。

三 譲渡担保権者の会社整理手続開始

会社整理法六三条は、破産法八〇条と同様に規定している。会社整理の場合も破産の場合と同じく、設定者は、被担保債権を返済して取戻すことができると解さなければならない。

[II] 設定者の一般債権者と譲渡担保権者との関係

一 一般債権者の押留

現実の占有を設定者が有する動産譲渡担保の場合、設定者の

一般債権者がその目的物を設定者の財産と分かつて差押える事例が少なくない。この場合、譲渡担保権者は第三者異議の訴（民執）を提起することができない（郭六九七・）。何故ならば、譲渡担保権は一つの担保物権に過ぎないからである。

二 設定者の破産

設定者が目的物を占有している間に破産したら、譲渡担保権者は破産財団に対して取戻権を持つのではなく、別除権を持つだけである。何故ならば、譲渡担保権は担保物権に過ぎないからである。

三 設定者の会社整理開始

設定者の会社で整理手続が開始された場合、譲渡担保権者は目的物が会社に属しない財産といつて取戻権を主張することができない。譲渡担保権者は、整理債権者として整理手続によって弁済を受けるようになる。

Ⅲ 第三者による侵害

(一) 譲渡担保の目的物を第三者が不法占有し、あるいは侵害する場合には、譲渡担保権者は譲渡担保権に基づいて、設定者は所有権に基づいて、物権的請求権を行使することができる。その他に目的物を占有する者は、占有権に基づく物権的請求権を行使することができる。

譲渡担保契約によつて間接占有をする当事者は、自己に直接占有の引渡しを請求することができず、相手に直接占有を引渡

すことを請求することができる。何故ならば、間接占有をする当事者に、第三者の侵害の前より多大な権利の取得を認めることはできないからである。

(二) 第三者が目的物を滅失、毀損した場合、担保権者、設定者双方がその第三者に対して損害賠償請求権を取得する。この場合、譲渡担保権者は被担保債権額を限度に損害賠償を請求することができるし、設定者は全額を請求することができるが、担保権者が既に賠償を受けたときには、その残額だけを請求することができる。設定者が全額の賠償を請求する場合には、譲渡担保権者は設定者の損害賠償債権を差押えることで、その損害賠償額上に物上代位するようになる。

第五款 優先弁済を受ける效力

Ⅰ 総説

譲渡担保権は一種の担保物権なので、債務者が履行期に債務を履行しなければ、債権者は自己の譲渡担保権を履行し、他の債権者よりも優先的に被担保債権の満足を得ることができる。ところで、譲渡担保権は非典型担保なので優先弁済の方法が問題である。

既に論じた様に、仮登記担保法の一部の規定は譲渡担保にも適用される。即ち、権利取得による実行手続を規定している同法二条乃至一条は、原則的に譲渡担保に適用される。したがって、譲渡担保権は、仮登記担保法上の権利取得の実行によるこ

となる。

ところで、仮登記担保法が規定している権利取得による実行は、譲渡担保権の目的物が登記、登録によって公示することができる財産権である場合に可能である。したがって、不動産を目的物にする不動産譲渡担保権は権利取得による実行方法に関する問題は、動産譲渡担保権の実行方法である。動産譲渡担保に関する明文の規定がないが、やはり仮登記担保法の権利取得による実行規定が原則的に類推適用になるといわなければならないだろう（第六九九・（第九一四））。

さらに、譲渡担保権者は、売買によっても優先弁済を受けることができる。

II 譲渡担保権の実行

譲渡担保権の実行も、やはり実行通知、清算、所有権取得の手順で成り立つ。この様な権利取得による実行に関する詳しい内容は、仮登記担保権の実行を説明する部分で論じたので、ここでは譲渡担保権に特殊な内容だけ叙述する。

[1] 実行通知

債務の弁済期が到来した後、譲渡担保権者は、清算金の評価額を債務者などに通知しなければならない（仮担保法三条。実行通知の具体的な方法は、仮登記担保権の実行通知と同様である。しかし、実行通知の相手は、債務者などとして、これは債務者、

物上保証人及び譲渡担保権設定後に設定者から所有権を取得した第三取得者だが、その内、第三取得者がいるようになるのは動産譲渡担保の場合に限る。また、第三取得者の中では、譲渡担保権の負担がある動産所有権を取得する者と善意取得によって譲渡担保権の負担がない動産所有権を取得する者があるようになるが、通知の相手になる第三取得者は前者だけである。そして、そのような第三取得者がいる場合に、債務者は通知の相手ではない（第七〇）。

[II] 清算

実行通知をした後二ヶ月の清算期間が経過して、債権目的物の価額と債権額の差額を清算金で債務者などに支払わなければならない（仮担保法四一条）。

(一) 清算義務及び清算方法は、仮登記担保権の実行の場合と同様である。特記する事項は、譲渡担保権者が清算期間が経過する前に清算金を債務者などに支給しても、後順位権利者に対抗することができないが（仮担保法二条）、設定者が後順位の担保権を設定することができるのは、彼が目的物を直接占有する動産譲渡担保の場合だけである。

(二) 清算金の額も、仮登記担保権の実行による。

(三) 清算金請求権者は債務者などである。ここで、債務者などの中に第三取得者がいるようになる場合は動産譲渡担保に限られ、後順位権利者がいるようになる場合も動産譲渡担保の場合

だけである。

そして、先順位担保権者は清算金請求権者から除かれる。それは、先順位担保権は、譲渡担保権者が実行によって目的物の所有権を取得すれば、その所有権の上にそのまま存続するからである。

また、後順位権利者に認められる清算手続及び請求権行使の機会を確保するための仮登記担保法上の特別規定（（仮担保法五乃至七条））は、不動産譲渡担保においてはその適用が問題とされない。何

故ならば、不動産譲渡担保が成立すれば、後順位権利者の生ずる余地がないからである。

しかし、動産譲渡抵当においては、債権者が後順位権利者があることを分かっている場合には、これら特別規定が類推適用されるといわなければならない。

（四）清算金の供託制度も、やはり譲渡担保に適用される（（仮担保法八条一項））。

Ⅲ 所有権取得

実行通知をして清算期間が経過した後に清算をすれば、譲渡担保権者は目的物の所有権を取得する（（仮担保法四条））。

（一）清算金がない場合、清算期間の経過で当然に所有権を取得する（（仮担保法））。

（二）そして、清算金がある場合、清算期間が経過した後、清算金をその請求権者に支払い、あるいは供託したときに、所有権

を取得する（（仮担保法四条二項八条））。この場合、譲渡担保権者の目的物引渡請求権と債務者などの清算金請求権は同時履行の関係にある（（仮担保法四条三項））。

（三）仮登記担保法四条二項と三項に違反する特約として、債務者や物上保証人に不利な内容はその効力がない。しかし、清算期間が経過した後の特約は、第三者の権利を害しなければ有効である（（四担保法））。

Ⅳ 所有権取得の阻止（債務者などの所有権移転登記抹消請求権）

債務者などは清算金の支払を受けるまで、債務額を支払って債権担保の目的を果した所有権移転登記の抹消を請求することができる（（仮担保法一条本文））。但し、債務の弁済期が経過した時から一〇年が経過した場合、あるいは善意の第三者が所有権を取得した場合には、そうではない（（仮担保法一条但書））。

思うに、債務の弁済期が経過した時から一〇年になると、所有権移転登記の抹消を請求することができないと規定されているが、譲渡担保権は一つの担保物権であるので、債務の弁済期が経過した時から一〇年という、被担保債権消滅時効が完成したか、でなければ時効の中断又は停止によって消滅時効が完成しなかったが一〇年が経過した場合である。前者の場合、譲渡担保権の附従性によって譲渡担保権が消滅し、むしろ目的物の持主は所有権移転登記の抹消を請求することができるという

わなければならないはずだし、後者の場合、債権者は清算金を支払って所有権を取得することができるといわなければならないだろう。何故なら、被担保債権が消滅したにも拘らず、債権者が所有権を完全に取得する、あるいは債権者は清算金支給義務があるにも拘らず、所有権を完全に取得するということは、債権者を優待して債務者などにかなり不公正な結果をもたらすからである。

そして、悪意の第三者に対しては、所有権移転登記の抹消を請求することができる。

[V] 法定地上権

土地及びその地上の建物が同一の所有者に属する場合、その土地又は建物の何れか一つを目的にした譲渡担保権が設定され、それが実行されたときは、建物のために地上権が設定されたとみる。この地上権の存続期間及び地料は当事者の請求によって法院が決める（（仮担法）（一〇条））。

第六款 譲渡担保権の消滅

I 被担保債権の消滅

一 債務弁済

譲渡担保も普通の担保物権の場合と同様に、債務が弁済されれば被担保債権が消滅し、したがって譲渡担保権も消滅する。

(一)この場合、目的物が不動産のときに、債務の弁済で譲渡担

保権が消滅すれば、設定者は担保目的を果した所有権移転登記の抹消請求をすることができる（（仮担法）（（条本文）））。この場合、設定者の所有権移転登記抹消請求権の法的性質は物権的請求権である。

そして、譲渡担保権者が債務者などに清算金を支払うことで所有権を取得した場合（（仮担法）（（四条二項）））にも、譲渡担保権は消滅する。この場合は、既に外観上、譲渡担保権者名義で所有権移転登記が完了しているので別に登記する必要があるない。

また、善意の第三者が所有権を取得した場合にも、やはり譲渡担保権は消滅する。しかし、債務者などは登記抹消請求をすることができない（（仮担法）（（一条但書）））。

(二)目的物が不動産の場合、債務の弁済で動産抵当が消滅すれば、設定者占有・利用中の間には、特別な手続が必要ではない。しかし、譲渡質の場合、設定者は、譲渡担保権者に目的物引渡請求権を行使するようになる。

二 消滅時効の完成

被担保債権が消滅時効の完成で消滅すれば、譲渡担保権も消滅する。したがって、消滅時効の完成によって譲渡担保権が消滅すれば、設定者は所有権移転登記の抹消を請求することができる。

動産の場合、設定者は、目的物引渡請求権を行使することができる。

II 目的物の滅失、毀損

譲渡担保の目的物が滅失すれば、被担保債権には影響がないが、譲渡担保権は消滅する。そして、目的物が毀損されれば、その残存物の上に譲渡担保権が存続する。そして、滅失、毀損された目的物に代る代表物がある場合、譲渡担保権は、その上に物上代位する。

第四節 売渡担保

I 売渡担保の意義及び作用

[1] 意義

債権担保の目的で所有権又はその他の財産権を債権者に移転する形式を採り、債務者が履行しない場合には債権者がその目的物からまず弁済を受けるようになるが、債務者が履行をする場合は目的物をその所有者又はその他の権利者に返還する方法による非典型担保を、広い意味における譲渡担保だという。この様な広い意味での譲渡担保の中で、その信用の授受を売買代金の形式にすることを、売渡担保(Sicherungskauf)という。そして、信用の授受を消費貸借により、その担保を所有権移転の形式によることを狭い意味の譲渡担保という。通常、譲渡担保という場合は狭い意味の譲渡担保を意味する。

具体的には、還買権留保付売買(還買特約付売買)〈原文のまま:買戻〉と再売買予約付売買をあわせて、売渡担保という。したがって、売渡担保においては、還買と再売買の予約が担保の機能を果す。

一 還買

(一) 意義

還買(Widerkauf)は、売渡人が売買契約と同時に特約で還買する権利、即ち還買権を保留した場合にその還買権を還買期間内に行使して、売買目的物を再度買うことをいう(民五九〇条)。還買権の行使で二度目の売買が成立し、この二度目の売買が還買である。

(二) 性質

還買を上のように理解することは、還買権を一種の売買完結権又は予約完結権の性質を持つとみるのである。これに対して、多数説は還買権を一種の解除権で理解している。旧民法五七九条が「……その売買を解除することができる。」と規定しており、多数説は、旧民法下での学説をそのまま維持するからである。

ところが現行民法五九〇条が「……その目的物を還買することができる。」というだけなので、多数説と同様に理解することはできない。したがって、還買権は、形成権である売買完結権又は予約完結権である。

したがって、還買権は形成権であると同時に、物権などの財産権を取得することができる一種の財産権であり譲渡性がある。その譲渡方法は、還買権が登記されている場合には移転の附記登記によって、登記されていない場合には普通の債権譲渡の方法による。

(三) 要件

(7) 目的物

不動産、動産、その他の財産権（債権、知的財産権など）だが、主に不動産が利用される。

(4) 還買特約

売買契約と同時にしなければならない（（民五九〇））。売買契約と同時にではない特約は全部無効ではなく、再売買の予約として有効である。特約の変更は、売買契約の同一性が喪失されない範囲で可能であり、合意によって特約だけを解除、消滅することは無効である。

(ウ) 還買代金

売買代金と買受人が負担した売買費用が還買代金になる（（民五九〇））が、当事者の間に他の特約があればそれによる（（民五九〇））。

(エ) 利子と果実

売買代金の利子と目的物の果実は、特別な特約がなければ相殺したとみる（（民五九〇））。

(オ) 還買期間

不動産は五年、動産は三年を過ぎることができず（（民五九一）、（条後段））、約定期間がこの期間より長い場合には、それぞれ五年、三年に短縮される（（民五九一））。また、一度定めた還買期間は、これを延長することができない（（民五九一））。そして、還買期間を決めない場合、不動産は五年、動産は三年となる。この様に還買期間

を厳格に制限することは、目的物の所有権の帰属が長期間にかけ不安定な状態にあることを防止するためにある。

(カ) 対抗要件

還買は、売買契約と同時に特約によって成立する。この場合、売買目的物が不動産であれば売買による所有権移転登記と同時に還買権の保有を登記することができるし、これを登記したときには第三者に対してもその効力がある（（民五九））。

還買権の登記は、売買による移転登記と同時に申請しなければならないし、売買による所有権移転登記とこれを一緒に附記登記することになる。そして、還買権の譲渡がある場合、その移転を登記することで、第三者に対抗することができる。還買権の登記のように、譲渡の登記は所有権移転の附記登記による。

二 再売買の予約

(一) 意義

品物又は権利を他人に売却して、その目的物の所有権やその他の権利を買受人に移転しながら、将来、買受人によって、その売買の目的物を、再度、売渡人に売却（再売買）する内容の予約を再売買の予約という。

この再売買の予約は、二度目の売買代金を自由に決めることができるという点で還買に比べて買受人に有利であり、実質的には還買を回避する手段に利用される（（八九））。

ところで、再売買の予約に関して、民法は特別な規定をおいていない。しかし、契約自由の原則上、再売買の予約が有効な

のはいうまでもなく、旧民法時代から金融実務では、還買よりはるかに債権担保の作用をする金融手段として利用された。

(二) 要件

再売買の予約には、還買のような制限はない。即ち、再売買の予約は同時に取決める必要がなく、予約完結権の存続期間は制限されず、不動産還買権は登記が可能だが予約完結権の保全のためには仮登記するしかない。

(三) 行使

予約義務者（買受人）に対する予約完結の意思表示による。

〔II〕 作用

(一) 還買と再売買の予約は、債権担保の経済的機能を持つ。即ち、目的物を売却してその売買代金で融資をし、後に再度その売買代金を返還して目的物の再度の返還を受けることができるから、その形式は売買だが、その実質は債権担保の作用をする。この様に、信用の授受を売買の形式による点で、信用の授受を消費貸借による譲渡担保と区別される。そして、これら還買や再売買の予約を、売渡担保だという。

還買や再売買の予約は、担保物権の場合とは違い、複雑な手続を経ずに売買の形式を採るので、目的物の原価に近い多額の金融を得ることができる。そして、再売買の予約は二度目の売買代金を自由に決めることができるから、還買に比べて買受人に有利であり、還買を回避する手段に利用されている。

この様に、還買や再売買の予約は債権担保の機能を持つが、その利用度は、還買や再売買の予約に比べて手続がずっと簡便でまた費用が少して済む代物弁済の予約による仮登記担保よりは、高くないと考えられる。

(二) 還買や再売買の予約は債権担保の目的に利用されるが、最大の問題点は、買受人が暴利を得る目的で、この様な制度を利用する可能性がある点である。即ち、還買代金又は再売買の代金を初めの売買代金よりも高額に約定することで、買受人は大きな利益を得、また売渡人が還買権や予約完結権を行使して還買や二度目の売買を成立させることができなければ、買受人は少なくない利得を得ることができる。

したがって、売渡担保の問題点は、買受人が暴利取得の手段として、この制度を利用することができるという点にある。

この様な売渡担保による暴利取得に対する規制として、旧民法時代には、単純に暴利問題として処理した。しかし、現行民法の制定・施行後では、債権額（形式的には売買代金）を超過する目的物の価額は常に暴利になり、その超過分は売渡人に返還するように処理することが一般的となった。即ち、売渡担保にも民法六〇七条・六〇八条を適用し、目的不動産の価額が債権額を超過すれば、その還買特約付売買は無効にし、^{大判一九六六・一九六七・三・二二}、ただ担保目的のための所有権移転としての有効性を認め、その超過分を清算するようにしたのである。

一九八三年に制定された仮登記担保等に関する法律では、同

法が売渡担保にも適用され（仮担法二条一項）、たとえ還買や再売買の予約によって所有権移転登記をしたとしても、それが実質的に債権担保の目的なら、買受人は所有権を取得することができず、一種の担保物権を取得したとして、必ず清算手続を経るようになっている（仮担法四条二項）。

II 売渡担保の法律構成

(一) 仮登記担保法が制定されて、売渡担保も同法の規律を受けるようになり、従来の売渡担保の法律構成に関する判例と学説は、これ以上維持することができなくなった。従前の売渡担保に関する法律構成では、還買の場合、売買時に所有権は買受人（債権者）に移転して、ただ民法六〇七条と六〇八条によって目的物の価額が還買代金を超過する場合、その超過分を清算して返還しなければならないとみていた。したがって、目的物の所有権は買受人に移転するので、買受人から目的物を転得した第三者は、善意でも悪意でも常に所有権を有効に取得すると解された。再売買の予約の場合も、やはり還買特約付売買と等しく扱われた。

(二) 仮登記担保法が制定・施行されている今日では、仮登記担保法四条二項において、売渡担保で所有権移転登記をしても所有権は買受人（債権者）に移転せず、清算期間経過後清算金を売渡人（債務者）に支払ったときに初めて所有権が移転すると規定している。

そして、債権担保の目的に還買や再売買の予約をして債権者の名義の所有権移転登記をしたとしても、債権所は所有権を取得するのではなく、売渡担保権という一種の担保権を取得するだけで、所有権から売渡担保権を除いた残存の権利は依然として債務者に帰属するようになる。

いい換えれば、還買や再売買の予約によって、制限物権である売渡担保権という一種の担保権を取得するだけである。

ところで、売渡担保が担保権の構成を採るようになれば、譲渡担保とは異なり、被担保債権の発生原因となり得る消費貸借契約が存在するののかという問題が提起される。しかし、金銭授受のための消費貸借契約は存在しないが、売買による売買代金が授受されるのである。まさに、この売買代金の授受が消費貸借の実質を持つのである。いわば、売渡担保における売買は、実質においては消費貸借だといわなければならない（郭七・八・）。（張九一）。

(三) 目的物が不動産である売渡担保においては、還買権の登記又は再売買の予約による仮登記ができるが、これは譲渡担保では該当するものがない。この様な還買登記や再売買の予約の期限仮登記を如何に理解しなければならないかが、また売渡担保では問題となる。

ところで、債務者が弁済期に被担保債権を返済すれば売渡担保権は消滅し、したがって、債務者（売渡人）は債権者（買受人）に対して、所有権移転登記の抹消を請求することができる。仮登記担保法もこの様な債務者の所有権移転登記抹消請求を認

めながら、一方では一定の制限を加えている（仮担法）。

思うに、売渡担保で当事者がなす売買登記や仮登記は、仮登記担保法一条が規定している、債務者が債務弁済の時に取得する債務者の所有権移転登記抹消請求権を物権的に確認するための登記又は仮登記であると理解しても構わないだろう（一八七）。

Ⅲ 売渡担保の效力

一 概説

売渡担保権は、売買の形式によつて所有権を移転して、同時に還買権保留又は再売買予約の特約をすることで設定される担保権である。この様な売渡担保権は、その実質は債権担保を目的にしながら、形式は売買による所有権移転方式による。したがって、この売渡担保権はその実質が譲渡担保権と異なるところがない。したがって、譲渡担保権の效力、消滅などに関する説明はそのまま売渡担保権にも妥当する。

ここでは、ただ還買の実行について、民法に少し特別規定があるので、これに關してのみみることにする。

二 還買の実行

(一) 還買権の行使方法

(7) 還買は、還買権者が還買期間内に売買代金と売買費用を還買義務者に提供して、還買の意思表示をすることで行使する（民五九）。

(イ) 還買権を譲渡することができるので、譲渡された場合には譲受人が還買権を行使する。そして、還買の目的物が不動産で

ある場合には還買登記ができ、これをしたときには第三者に対しても効力がある、（民五九）。

したがって、還買目的の不動産が移転された場合には、還買権者は転得者に対して還買を行使することができる。

(二) 還買権の代位行使

還買権は譲渡性があり、また一身専属権ではないので、還買権者（売渡人）の債権者は、これを代位行使することができる（民四〇）。

この様に、還買権者の債権者が売渡人を代位して還買しようとする場合には、還買義務者（買受人）は、法院が選定した鑑定人の評価額で売渡人が返還する金額（還買代金）を控除した残額で売渡人の債務を返済し、余剰額があれば、これを売渡人に支給して還買権を消滅させることができる（民五九）。

(三) 共有持分の還買

共有者の一人が還買権を保留して自己の持分を売渡した後に共有物の分割や競売がある場合には、売渡人は、買受人が受けた又は受ける持分や代金に対して、還買権を行使することができる。しかし、売渡人に通知しない買受人は、その分割や競売において売渡人に対抗することができない（民五九）。即ち、還買権者は、分割や競売がなかったように依然として共有持分を還買することができる。分割や競売は、この場合その効力を失う。

第五節 所有権留保

I 序説

一 意義

所有権留保 (Eigentumsvorbehalt) というのは、売買代金の完済の前に売買目的物の占有は売渡人から買受人に移転し、売買代金債権の担保のために、目的物の所有権を売渡人が留保する形式の担保方法である。所有権留保の方法による担保においては、買受人が残金を支払わなければ、売渡人は所有権から回収してこれを代金債権にあてること、担保目的を果たす。

この様に、所有権留保は、代金債権の弁済を確保するための担保方法としての特性を持つ。この所有権留保は一個の売買契約で目的物とその対価である代金債権の間で成立する点で、譲渡担保と違う特殊性がある。

二 作用

この様な所有権留保は、動産の割賦売買で代金債権の担保方法に主に利用される。そして、不動産の場合にも分割払売買による所有権留保が可能である (ドイツでは不動産所有権移転の合意に条件と期限を付けることができないので、不動産売買には所有権留保が認められない。しかし、英米不動産法では、不動産の分割払売買 (land sale contract) による所有権留保が、代金債権担保の重要な手段に活用されている)。

分割払売買の方法は、買受人にとって代金金額の準備なしに

商品の引渡を受けて利用することができるので、商品の需要を刺激し、大量販売を促進する作用がある。

しかし、他の一方で、売渡人は代金債権の回収不能の危険を負担するようになる。所有権留保は、分割払売買において、この様な売渡人の代金債権の回収不能の危険を担保する重要な手段として作用する。

三 法律的構成

所有権留保の法律的構成は、二つ試みられる。

第一は、純粋な売買の法理に即し、売買契約で所有権を売渡人に留保するという特約によって成り立つので、この特約により、売買目的物の所有権は売渡人に留保され、買受人は目的物の利用権と売買代金の完済を停止条件にして所有権を取得する期待権を持つことで、理論構成ができるとする。

第二は、所有権留保はその目的が債権担保にあるので、その形式よりは実質を尊重し、売渡人の権利を所有権ではなく担保権で構成することができるとする。したがって、この様な担保権の構成によれば、売買契約によって目的物の所有権は買受人に移転し、売渡人は一種の担保物権を取得することで理論構成する。

思うに、法形式よりは実質に即し、所有権留保は売渡人の残存買代金債権を被担保債権にする一種の担保権で法律的構成をすることが、妥当ではないかと考えられる。

しかし、この様に担保権の構成をするようになれば、動産の

所有権留保は説明に難しさがなく(一種の譲渡抵当)、不動産の所有権留保においては、買受人に所有権移転登記が行われなかったにも拘らず、買受人に所有権が移転されることになるので、成立要件主義の下では妥当ではなくなる。

II 所有権留保の效力

所有権留保を担保権の法律構成によって、買受人と売渡人の間の対内的効力と、第三者による対外的効力に分けて、みることにする。

一 対内的効力

対内関係は、一次的には契約によって定まる。しかし、契約で決めない場合には、買受人は目的物を占有し利用して、その果実は収受することができるといわなければならないだろう。しかし、買受人の目的物の使用・収益には、各種の制限(例えば貸与禁止、改造制限など)が加えられたりする。そして、公租・公課は、買受人が負担するといわなければならないだろう。また、買受人は、所有者なので、買受人の目的物保管は自己の財産と等しい注意義務を払えば充分だろう(金客六五九、三五九)。

そして、目的物が滅失又は毀損された場合には、たとえ買受人に帰責事由がないといっても、代金債務を免れることができないとされなければならないだろう。

二 対外的効力

(一) 目的物の処分

買受人は担保権の負担がある目的物を所有しているので、目的物を処分すれば、第三者は、担保権の負担がある所有権を取得するようになる。しかし、第三者が所有権留保の担保権があることを知らず善意取得の要件を具備する場合、動産のときには担保権がない完全な所有権の取得が認められる。しかし、実際には分割払売買約款で買受人の処分を禁止する場合が多い。この様な約款に違反して買受人が目的物を処分すれば、債務不履行になり、したがって、売渡人はその処分を理由に売買契約を解除することができるようになる。

売渡人は、被担保債権と共に担保権である留保所有権を第三者に処分することができる。この場合、買受人は、残代金を譲受人に支払うことで目的物を取戻すことができる。

(二) 一般債権者による押留

目的物が買受人の一般債権者によって差押えされたら、売渡人は、優先弁済請求の訴を提起することができる。

ところで、分割払売買約款では、差押は、売買代金割賦支払特約の解除原因としての機能を持つ。

売渡人の一般債権者の目的物の差押は、被担保債権と共に担保権の差押で理解しなければならないだろう。

(三) 破産

買受人に対して破産手続が開始されれば、売渡人は別除権を行使することができる。一方、売渡人が破産すれば、彼が持つ代金債権と担保権である留保所有権が破産財団に属するように

なる。

III 所有権留保の実行

(一) 買受人が残代金を履行しなければ、売渡人は売買契約を解除する方法により担保実行の意思表示をして、目的物を取戻すことで残代金債権を回収する私的実行をする。

(二) 売渡人は、契約解除で目的物の返還を請求することができるし、その一方で清算義務を負う。即ち、既支払代金額から違約損害金を控除した額を買受人に返還しなければならない。また、目的物の引渡や残額返還の間は相換的給付関係（原文のまゝ）にあると考えなければならない。

(三) 買受人の代金債務不履行の際には、売渡人は催告することなしに目的物の返還を請求することができるという約定（失権約款）や、定期給付の際には買受人は期限の利益を喪失する一方、売渡人は残代金を即時に請求することができる、その不履行時には契約を解除することができるという特約（期限利益喪失約款）をする場合が少なくない。

(四) 売渡人が清算金を提供しない間は、買受人は残代金を支払つて、目的物の完全な所有権を取得することができる。